BIBLIOTECA JURÍDICA

DE

AUTORES CONTEMPORANEOS

EL DERECHO ANTIGUO

(ANCIENT LAW)

CONSIDERADO EN SUS RELACIONES

CON LA HISTORIA DE LA SOCIEDAD PRIMITIVA Y CON LAS IDEAS MODERNAS

POR

HENRY SUMNER MAINE

Profesor de Derecho de la Universidad de Oxford, Miembro jurisconsulto del Supremo Gobierno de la India

PARTE GENERAL

CON UN PRÓLOGO-ARTÍCULO

DE

DON GUMERSINDO DE AZCÁRATE



MADRID

ESCUELA TIPOGRAFICA DEL HOSPICIO

Fuencarral, 84

1893

PRÓLOGO

Habiendo sus muchas ocupaciones impedido al ilustre jurisconsulto D. Gumersindo de Azcárate escribir el prólogo de esta obra, una de las que admira en primer término, hemos creido de evidente oportunidad, con el mismo propósito, transcribir á continuación parte de lo que acerca de Sumner Maine y su excelente trabajo escribió el Sr. Azcárate en el mes de Febrero de 1888, con motivo de la muerte del gran publicista inglés.

SIR H. SUMNER MAINE

El día 3 del mes corriente falleció en Cannes el insigne escritor cuyos libros tenemos siempre al alcance de la mano y cuyo nombre tenemos en la cátedra siempre en los labios. La profunda pena que sentimos demuestra los vínculos que crea el puro comercio de las ideas; ya que á la lectura constante de sus obras, á la admiración por sus trabajos y á la gratitud por sus enseñanzas, más que al honor que alguna vez nos dispensó favoreciéndonos con su correspondencia epistolar, son debidos el sincero respeto y la vivísima simpatía

que le profesábamos en vida y el agudo dolor que la noticia de su muerte nos ha producido.

Enrique Sumner Maine nació en 1822. Educado en la Universidad de Cambridge, Pembroke College, desde los comienzos fué brillante su carrera. Después de haber obtenido varios premios y distinciones, en 1847, cuando tenía sólo veinticinco años, fué nombrado *Regius professor* de derecho romano, cargo que desempeñó hasta 1854 en que lo dejó, pasando al de *Lector de jurisprudencia* en el Colegio de Abogados, Middle Temple. De 1847 á 1861 se consagró á los estudios jurídicos é históricos, que le han dado reputación universal.

En 1861 publicó su famoso libro *El derecho antiguo*, que es, en la esfera de la historia jurídica, algo parecido al de Darwin sobre el *Origen de las especies*, publicado quince meses antes. El representa la exaltación del sentido de la escuela histórica, á que va unido el nombre ilustre de Savigny, la aplicación del método de comparación á este linaje de estudios, la demostración de la unidad como ley de la vida, y consiguientemente «la conexión de la historia primitiva de la sociedad con las ideas modernas», por donde, al contemplar aquellas inexploradas regiones á que damos el nombre vago de Oriente, y compararlas con lo que pasa á nuestra vista, desaparece la distinción entre el pasado y el presente, porque á veces «el pasado es el presente». Sumner Maine es, al lado de Fustel de Coulanges, Laveleye, Le Play, Hearn, Mauner, Nasse y tantos otros, á quien se debe, en primer término, la dirección de los estudios que ha producido como resultado el conocimiento de los *tiempos tradicionales*, y como consecuencia el ensanche de la historia, limitado antes á la contemplación del mundo clásico, extendido después á aquel lejano Oriente que se nos presentaba no ha mucho como algo caótico y confuso, más tarde á los comienzos de la civilización de los pueblos arios, demostración de nuestro común origen, y á la postre á los tiempos prehistóricos; pudiendo así decir el hombre de nuestros días, con perfecta razón: *Homo sum et nihil humanum à me alienum puto.*

Causa admiración la lectura de *El derecho antiguo*, por la erudición inmensa que supone, sin embargo de no tener más que unas cuantas citas; por la perspicacia con que se presenta el desarrollo de las instituciones jurídicas, desde los más remotos tiempos hasta los nuestros, por la claridad de su exposición y la magia de su estilo y por el admirable *modo de ver* los hechos. A los que pretenden que la historia no puede revestir carácter científico sino pidiendo auxilio á la filosofía, difícilmente les será dado mantener su tesis, teniendo delante las obras de Maine ó las de Sa-

vigny. Partidarios ambos de la escuela histórica, preocupados y errados, en nuestro humilde juicio, en cuanto al valor del derecho natural, como lo prueba, respecto de Maine, el capítulo que al mismo dedica en su libro sobre *El derecho antiguo*, muestran ambos bien patentemente con sus obras cómo puede el conocimiento histórico, sin salir de su propia esfera, tener *unidad*, *sistema*, *verdad* y *certidumbre*; es decir, ser rigorosamente científico.

¿Cómo no admirar la profundidad, á la vez que la claridad, con que expone la organización social de los tiempos en que era su elemento constitutivo la *familia*, y la de los nuestros, en que lo es el *individuo*, y la evolución mediante la cual la humanidad ha venido marchando del predominio del *status* al predominio del contrato?

. . . .

. . . .

De cualquier modo, este libro (*El Gobierno popular*) es un accidente en la vida de Sumner Maine, mientras que los otros constituyen lo que le da carácter, y lo que le da un puesto preeminente en la tierra clásica de los historiadores, de Hume, de Hallam, de Macaulay, de Buckle. Es bien seguro que la posteridad llamará al Savigny inglés el autor, no de *El Gobierno popular*, sino de *El Derecho antiguo*.

Y también, quizás, la posteridad reconocerá que no cegaba la pasión patriótica al *Times* cuando decía el día 6 de Febrero: «Sir Henry Maine era un hombre del calibre de Montesquieu y Tocqueville: como éstos mostró él, en el estudio del derecho, de la política y de las instituciones sociales, una inteligencia penetrante, un espíritu comprensivo y un juicio sobrio é imparcial, y además un método incomparablemente más investigador y fecundo que el de aquéllos».

G. DE AZCÁRATE.

PREFACIO DEL AUTOR

El objeto principal de las siguientes páginas es indicar algunas de las ideas primitivas del género humano, tales como las refleja el antiguo derecho, y mostrar la relación que las une con el pensamiento moderno.

Una gran parte de las investigaciones á que yo me he dedicado no hubieran podido ser seguidas con la menor esperanza de éxito, si no hubiera un cuerpo de derecho, como el de los romanos, que lleva en sus partes primitivas señales de la más alta antigüedad, y que muestra en sus últimas partes el fondo de las instituciones civiles que, en nuestros mismos días, rigen la sociedad. La necesidad de tomar como tipo el Derecho Romano me ha obligado á sacar de éste un número de ejemplos que podrá parecer excesivo; pero no he tenido la intención de escribir un tratado de Derecho Romano, y he evitado todo lo que he podido las discusiones que hubieran podido dar á este trabajo la apariencia de un trabajo de ese género. El espacio que ocupan en los capítulos III y IV ciertas teorías filosóficas de los jurisconsultos romanos, lo ocupan por dos motivos: primero, porque estimo que estas teorías han tenido sobre las ideas y los actos del hombre una influencia mucho más amplia y duradera de lo que vulgarmente se cree; segundo, porque pienso que estas teorías son la fuente de muchas ideas que han dominado hasta nuestros tiempos la opinión, respecto de las materias tratadas en este libro. Era imposible avanzar mucho en la empresa sin haber expresado mi pensamiento sobre el origen, el sentido y el valor de estas especulaciones.

H. SUMNER MAINE.

EL DERECHO ANTIGUO

CAPÍTULO PRIMERO

Primeras ideas jurídicas. — Formación histórica de los antiguos Códigos. — Sus ventajas.

Dícese que el sistema de jurisprudencia más célebre que conoce el mundo, comenzó por un Código y acabó por otro. El lenguaje de los expositores da á entender que aquel sistema descansa en las XII Tablas de los decenviros, y, por consecuencia, en una base de derecho escrito: salvo algún caso particular, ninguna institución anterior á las XII Tablas fué conocida en Roma. Esta teoría, que hace descender el derecho romano de un Código, así como la que hace descender el derecho inglés de una tradición inmemorial no escrita, son las bases de las diferencias existentes entre el desarrollo del derecho romano y el del inglés. No están ni una ni otra conformes completamente con los hechos; pero de ambas se han derivado importantes consecuencias.

Apenas hay necesidad de decir que la publicación de las XII Tablas no es el principio de la historia del derecho. El antiguo Código romano pertenece á una clase de que la mayor parte de los pueblos civilizados puede presentar un modelo: para no hablar más que de los griegos y de los romanos, entre los unos y los otros se hallaba desarrollada en épocas poco distantes entre sí. Aquellos Códigos aparecieron en circunstancias casi idénticas y fueron producidos, á mi juicio, por causas muy semejantes.

Pero detrás de ellos hay, sin duda, numerosos fenómenos jurídicos más antiguos. Documentos existen que pretenden informarnos sobre estos fenómenos primitivos del

derecho; pero, hoy por hoy, mientras la filología no haya completamente analizado la literatura sanscrita, no tenemos textos de información más que en los poemas homéricos, considerados, no como una historia de hechos positivos, sino como una descripción, no siempre fantástica, de un estado social conocido por el poeta. Su imaginación pudo exagerar ciertos rasgos de la edad heroica, como las proezas de los guerreros y el poder de los dioses; pero no puede creerse que alterara también conceptos metafísicos y morales que no eran todavía entonces objeto de estudios reflexivos. Por esto la literatura homérica es más digna de fe que los documentos posteriores que pretenden darnos cuenta de los tiempos primitivos y que han sido redactados ya bajo influencias filosóficas ó teológicas.

Si podemos llegar á determinar las formas primitivas de los conceptos jurídicos, es por medio de los poemas: las ideas rudimentarias del derecho son para el jurisconsulto lo que las capas primitivas de la tierra para el geólogo, en cuanto contienen en embrión todas las formas que el derecho ha tomado posteriormente. La ligereza y los prejuicios que se han opuesto á su examen detenido tienen la culpa de la condición poco satisfactoria en que se halla la ciencia del derecho. De eso dimana que las investigaciones del jurista sean todavía lo que eran las del físico y del fisiólogo cuando la observación no había reemplazado á las afirmaciones de la hipótesis. Teorías plausibles y comprensibles, pero sin comprobación alguna, como la del contrato social, son preferidas generalmente á los estudios serios sobre la historia primitiva de la sociedad y del derecho, con lo cual se obscurece la verdad, no sólo alejando de ella la atención, sino ejerciendo una influencia real y muy importante, cuando son aceptadas y creídas, sobre los desarrollos posteriores de la jurisprudencia.

Las primeras nociones relativas á la idea, hoy tan excesivamente desarrollada, de una *ley* ó norma de la vida, están expresadas en las palabras *Themis* y *Themistas* que emplean los poemas homéricos. Sabido es que Themis aparece en el Panteón griego de los últimos tiempos como diosa de la justicia; pero ésta es una concepción moderna, una idea ya desarrollada, que tiene un sentido muy distinto de aquel

con que se ve figurar á Themis en la Iliada como asesora de Zeus.

Todos los observadores fehacientes que han estudiado la condición primitiva de la humanidad saben bien que, en la infancia del género humano, los hombres no concebían una acción constante ó periódica sin la existencia de una personalidad á quien referir la acción. El viento que soplaba era una persona, persona divina; el sol, al levantarse, en su zenit, y en su ocaso era también una persona, y una persona divina; la tierra dando sus productos lo era del mismo modo. Al igual del mundo físico se comprendía el mundo moral. Así, cuando el rey terminaba un litigio por una sentencia, se suponía que ésta era el resultado de una inspiración divina. Y la persona divina que dictaba las sentencias de los reyes y hasta las de los dioses, los más grandes de los reyes, era Themis.

El empleo del plural Themistas, muestra la naturaleza particular de esta concepción. Los *Themistas* eran las sentencias mismas dictadas al juez por la divinidad. Se habla de los reyes como si hubieran tenido á su disposición para utilizarla, en caso necesario, una colección de Themistas; por eso hay que fijarse bien en que éstas no eran leyes, sino sentencias. «Zeus, ó el rey de la tierra, dice Grote en su historia de Grecia, no es un legislador, sino un juez». El rey estaba provisto de Themistas, sí; pero como se creía que éstas emanaban de lo alto, no se puede suponer que las uniese ningún principio; eran sentencias sueltas y separadas que no constituían un cuerpo de derecho.

En los mismos poemas homéricos podemos ver que estas ideas fueron transitorias. En el mecanismo simple de las antiguas sociedades, se reproducían probablemente con mucha frecuencia los mismos fenómenos, y de aquí que en casos parecidos las sentencias debieron naturalmente seguirse y parecerse. Este es el germen ó rudimento de la *costumbre*, concepción posterior á la de los themistas ó sentencias. Con las asociaciones de ideas modernas, nosotros nos inclinamos á pensar fácilmente *à priori* que la noción de una costumbre debe preceder á la de una decisión judicial, y que una sentencia debe afirmar la costumbre ó castigar sus infracciones; pero parece fuera de duda que el orden his-

tórico de estas dos ideas es el contrario, en que acabo de colocarlas. La palabra con que los poemas homéricos designan la costumbre en embrión, es Themis en singular, y más frecuentemente *diké*, cuyo significado fluctúa visiblemente entre sentencia y costumbre. Por lo demás, la palabra *nomos*, ley, tan grande y tan famosa en el vocabulario de los últimos tiempos de la sociedad griega, no se halla en Homero.

Esta noción de un agente divino que dicta los themistas y se personifica en Themis, debe ser separada de otras creencias primitivas con las cuales pudiera confundirla un superficial estudio. La concepción de la divinidad dictando un cuerpo de derecho ó código todo entero, como en el caso de las leyes de Manou, parece pertenecer á un orden de ideas más reciente y más avanzado. La Themis y los Themistas se hallan más estrechamente relacionados con la creencia tan larga y tan tenaz de que «una influencia divina mantiene todas las relaciones de la vida y existe en el fondo de toda institución social»; creencia cuyos signos se nos muestran en todas partes en el derecho primitivo y al lado de los rudimentos de las ideas políticas.

Se supone que una presidencia sobrenatural consagra y mantiene todas las instituciones fundamentales de aquellos tiempos: el Estado, la raza, la familia. Agrupados los hombres en las relaciones diversas que implican estas instituciones, tienen la obligación de celebrar periódicamente ceremonias comunes, y ofrecer en común sus sacrificios: deberes comunes que se manifiestan aún más claramente en las purificaciones y las expiaciones que ellos verificaban de tiempo en tiempo, á fin, parece, de evitar el castigo por las faltas involuntarias ó cometidas por descuido. Cualquiera que conozca la literatura clásica ordinaria, recordará los *sacra gentilitia*, que tan importante influencia ejercieron sobre las adopciones y los testamentos del derecho romano primitivo. Así también, en nuestro mismo tiempo, el derecho consuetudinario de la India, en el que quedan impresos los rasgos más curiosos de la sociedad primitiva, hace depender casi todos los derechos de las personas y todas las reglas de las sucesiones del cumplimiento solemne de las ceremonias prescritas por el ritual para los funerales, ó sea para el

punto en que se manifiesta una solución de continuidad en la familia.

Antes de pasar al estudio de otro estado del derecho, podemos hacer al estudiante inglés una advertencia útil. Bentham, en sus «Fragmentos sobre el gobierno» y Austin en su «Definición del dominio de la jurisprudencia», refieren toda ley á una *orden* del legislador, imponiendo una *obligación* al ciudadano y amenazándole con una *sanción* en caso de desobediencia; y añaden que la orden, primer elemento de la ley, debe prescribir no un acto aislado, sino una serie ó un número dado de actos del mismo género ó de la misma especie. Los resultados de esta analogía concuerdan exactamente con los hechos cuando se trata de una jurisprudencia llegada á la madurez, y, forzando un poco el sentido de las palabras, pueden responder á la forma de toda ley, cualesquiera que sean su naturaleza y su época. Sin embargo, no es posible afirmar que la noción del derecho, tal como existe en la mayor parte de los hombres, sea, ni aun hoy mismo, conforme á este análisis; pues lejos de eso, se observa que cuanto más adentro penetramos en la historia primitiva del pensamiento, más nos alejamos de una concepción del derecho que se parezca al conjunto de los elementos definidos por Bentham.

En la infancia del género humano no se concibe la idea de una legislación cualquiera, ni de un autor determinado de derecho; entonces no se piensa, y el derecho apenas llega á los límites de la costumbre; es más bien un hábito; está en el aire (*il est dans l'air*), como dicen los franceses. La sola distinción *imperativa* que existe entre el bien y el mal es la sentencia del juez consecutiva de los hechos, sentencia fundada, no en la violación de una ley preexistente, sino en una inspiración venida de lo alto al espíritu del juez en el momento en que la pronuncia. Difícil es, sin duda, para nosotros entrar en una concepción tan lejana, por el tiempo y por la asociación de ideas á que está unida; pero se hace más inteligible cuando reflexionamos primeramente sobre la constitución de la sociedad antigua, en la que el hombre, pasando la mayor parte de su vida bajo el imperio del despotismo patriarcal, estaba sujeto en todos sus actos por un régimen en que el capricho tenía

carácter de ley. Un inglés comprenderá mejor que un extranjero que los themistas hayan precedido á toda idea de derecho, porque, entre muchas teorías sin consistencia respecto al carácter de la jurisprudencia inglesa, la más extendida, ó al menos la que más influencia práctica ejerce, es la que supone que las sentencias y la jurisprudencia de los tribunales existieron antes que las reglas, los principios y las distinciones.

Se puede notar además que los themistas presentan el carácter que, desde el punto de vista de Bentham y Austin, distingue las simples órdenes y las leyes. Una verdadera ley ha de prescribir á todos los ciudadanos sin distinción un número de actos de la misma clase y de la misma especie; y este carácter, que es el que más impresión ha producido en el espíritu de los hombres, es el que ha hecho que se llame ley todo aquello en que hay uniformidad, sucesión ó semejanza. Pero una orden no prescribe más que un acto; y, por consecuencia, los themistas tienen más de órdenes que de leyes. Simples sentencias sobre puntos de hecho aislados, no se ligan unos á otros por ninguna relación necesaria de dependencia.

La literatura de la edad heroica, como vemos, nos muestra el derecho en germen en los themistas, y más desarrollado ya en la concepción del *diké*. El período siguiente en el derecho, al cual llegamos, es bien manifiesto y muy interesante. Grote, en la segunda parte, capítulo segundo, de su historia, ha descrito claramente cómo la sociedad fué tomando poco á poco un carácter diferente del descrito por Homero. La realeza heroica dependía en parte de una prerrogativa de la divinidad, y en parte de una superioridad de fuerza, valor y sabiduría. Lentamente, á medida que el carácter sagrado del monarca fué mirado con menos respeto, y que hubo hombres débiles en la serie de los reyes hereditarios, el poder real declinó y acabó por ceder el puesto al de las aristocracias. Si fuese permitido emplear el lenguaje preciso para definir esta revolución, podríamos decir que la función de los reyes fué usurpada por el Consejo de jefes de que Homero habla con frecuencia. Sea lo que quiera, después de una época de realeza, la era de las oligarquías se abrió por todas partes en Europa; y

donde el nombre de las funciones reales no desapareció totalmente, la autoridad real quedó reducida á una sombra.

El rey llega á ser un simple general hereditario, como en Esparta; un simple funcionario, como el arconte-rey de Atenas; un hierofanto, como el *rex sacrificulus* de Roma. En Grecia, en Italia, en el Asia Menor, las clases dominantes parecen haberse compuesto de un cierto número de familias unidas por un supuesto parentesco, cuya fuerza, aunque pudieron en su origen pretender un carácter casi sagrado, no debió de depender de esta pretendida santidad. Cuando no las ha arrojado prematuramente el partido popular, han acabado por parecerse mucho á lo que llamamos hoy una aristocracia política.

Los cambios por que pasaron las sociedades del Asia septentrional, sucedieron en épocas bastante anteriores á estas revoluciones del mundo helénico é italiano; pero su lugar relativo en la civilización parece haber sido el mismo, y es probable se asemejaran mucho en sus caracteres generales. Puede creerse, según algunos documentos, que aquellas razas que más tarde se unieron en el imperio persa y las que poblaron la península indiana, pasaron todas también por su edad heroica y su era aristocrática: sólo que allí parece que una oligarquía militar y religiosa tuvo engrandecimiento aparte, sin ser generalmente suplantada la autoridad del rey. Al contrario de lo que pasaba en Occidente, la aristocracia religiosa predominaba en Oriente sobre la militar y la política. Desaparecen luégo las aristocracias militares y civiles, anuladas ó reducidas á la impotencia entre los reyes y los sacerdotes, y el último resultado que comprobamos es la existencia de un monarca de grandísimos poderes, circunscrito por los privilegios de una casta sacerdotal. Salva esta diferencia de ser en Oriente religiosas las aristocracias y en Occidente civiles y políticas, puede afirmarse con seguridad que la era histórica de las aristocracias ha sucedido á la de los reyes, si no en todo el género humano, al menos en todas las ramas de la familia indo-europea.

Ahora bien; el punto importante para el jurisconsulto es que estas aristocracias fueron en todas partes las depositarias del derecho y de la facultad de juzgar. A ellas

pasaron las prerrogativas reales, sin bien con la diferencia de que no parece que pretendieron que cada una de sus sentencias fuese inspirada. El conjunto de ideas que hacía atribuir á una inspiración superior las sentencias del patriarca se muestra todavía aquí y allá en la pretensión de que el conjunto de las reglas ó algunas de ellas tenían divino origen; pero el progreso de la inteligencia no permitía ya explicar la resolución de las diferencias privadas por la intervención de un agente sobrehumano. La pretensión de la oligarquía jurídica era solamente monopolizar el *conocimiento* de las leyes y poseer exclusivamente ella los principios con que debían regirse las diferencias particulares.

De esta manera llegamos completamente al derecho consuetudinario; á un periodo en que las costumbres ó los usos existen ya como un conjunto positivo, que se supone conocido precisamente por la casta aristocrática. Los documentos no nos permiten dudar que la oligarquía abusó alguna vez de la confianza que se tenía en ella, pero no hay por qué creer que hiciese de esa confianza un medio de usurpación ó un instrumento de tiranía. Antes de la invención de la escritura y en la infancia del arte, una aristocracia investida del poder judicial era el único medio por el que se pudieron conservar con alguna exactitud las costumbres de la raza ó de la tribu. Ningun modo mejor de asegurar todo lo posible la conservación íntegra de esas costumbres que confiarlas á la memoria de una determinada parte de la comunidad.

La época del derecho consuetudinario y de su conservación por un orden privilegiado es muy notable. Las condiciones de jurisprudencia que supone este estado dejan siempre huellas, que pueden hallarse hoy mismo en el lenguaje jurídico y hasta en el lenguaje corriente. Este derecho, conocido por una minoría privilegiada, casta ó aristocracia, tribu de sacerdotes ó colegio sacerdotal, es el verdadero derecho no escrito; no hay en el mundo otro derecho que sea, como éste, verdaderamente *no escrito*.

Se habla á veces del derecho inglés, fundado en la jurisprudencia, como de derecho de esa clase, y algunos teóricos nos aseguran que, si se codificase la jurisprudencia inglesa, se transformaría un derecho no escrito en derecho escrito, transformación muy difícil, dicen ellos, y acaso de utilidad dudosa. Verdad es que, en cierta época, se podía calificar racionalmente el inglés de derecho no escrito, porque los antiguos jueces ingleses pretendían, en efecto, conocer reglas, principios y distinciones no enteramente revelados al foro y al público. Pero es dudoso que el derecho de que pretendían tener conocimiento exclusivo fuese realmente no escrito; y de todos modos, desde que se sostiene que en otro tiempo había un considerable número de reglas, civiles y criminales, sólo conocidas de los jueces, deja el derecho de ser *no escrito*. Desde que las Cours de Westminster Hall comenzaron á fundar sus sentencias sobre otras anteriores (*recorded*) escritas en sus anuarios ó en otra parte, el derecho que aplicaban empezó á ser escrito.

Actualmente es necesario, sí, deducir primero, de los precedentes escritos é impresos, una regla del derecho inglés, redactarla luégo según el gusto, la precisión y la ciencia del juez respectivo, y aplicarla en seguida á las circunstancias del asunto que se trata de juzgar. Pero, en toda esta manera de proceder, tampoco ningún carácter distingue tal derecho de un derecho escrito. Es una jurisprudencia (*case law*) escrita, que no difiere de un derecho codificado, sino en que está escrita de otro modo.

Del periodo del derecho consuetudinario pasamos á otra época bien trazada en la historia de la jurisprudencia. Llegamos á la era de los Códigos, de aquellos antiguos Códigos de que son el tipo más famoso las leyes de las XII Tablas. En Grecia, en Italia, en las costas del Asia Menor colonizadas por los griegos, dichos Códigos aparecieron casi en el mismo periodo, no de tiempo, sino de desarrollo social de la comunidad. En todos los sitios que hemos nombrado, hubo pronto leyes grabadas sobre tablas y publicadas, que vinieron á reemplazar á las costumbres conservadas en la memoria de la casta oligárquica.

No es necesario suponer ni un instante que en este cambio influyese ninguna de las razones refinadas que hoy se alegan en favor de la codificación. El origen de la idea de estos Códigos antiguos está simplemente en la invención y difusión del arte de la escritura. Verdad es que las aristo-

cracias parece que abusaron del monopolio de la ciencia del derecho, y que, en todo caso, este monopolio era un formidable obstáculo para el éxito de los movimientos populares que agitaban el mundo occidental. Pero, aunque el sentimiento democrático pudo, indudablemente, aumentar la popularidad de los Códigos, éstos fueron solamente un resultado directo de la invención de la escritura. Se vió que las tablas grabadas eran mejores depositarios del derecho y medios más eficaces para conservarlo que la memoria de cierto número de personas, por mucha fuerza que les diera su constante ejercicio.

El Código romano pertenece á la clase de que acabamos de hablar. Su valor no consiste en nada que se parezca á una clasificación simétrica, ni á la claridad y pureza de la expresión, sino en la publicidad, en el conocimiento dado á todos los ciudadanos de lo que podía y de lo que no podía ser hecho. Se halla en las XII Tablas algún indicio de colocación sistemática de las leyes, pero esta circunstancia puede explicarse con la tradición de haberse hecho ayudar sus redactores por los griegos, que tenían ya la experiencia de esos trabajos. Sin embargo, los fragmentos del Código de Solón muestran poquísimo orden, y es probable que el de Dracón tuviese menos. Los restos de estas colecciones, tanto en Oriente como en Occidente, demuestran que se mezclaban las prescripciones civiles, religiosas y morales, sin darse cuenta de las diferencias esenciales de las mismas. Esta circunstancia concuerda con todo lo que sabemos de las ideas antiguas, puesto que sólo en una época más avanzada de civilización empiezan á distinguirse el derecho de la moral y la religión del derecho.

Cualesquiera que sean, á los ojos del pensador moderno, las singularidades de estos antiguos Códigos, su importancia para el estudio histórico es inmensa. La cuestión, que afectaba al porvenir de todas las repúblicas, no era precisamente la de saber si se tendría un Código, puesto que más ó menos tarde parece que todas las antiguas sociedades lo tuvieron, y á no ser por la gran laguna que dejó el feudalismo en la historia del derecho, es probable que pudiera á estas horas encontrarse el origen de todo el derecho moderno en una ó más de esas fuentes. El punto importante de la cuestión, para la historia de una raza, estaba en saber en qué período, en qué estado de avance social el derecho se haría escrito.

En Occidente, el partido plebeyo ó popular de cada Estado atacó pronto el monopolio de la oligarquía y se obtuvo un Código *en los primeros tiempos* de la historia de la República. Pero en Oriente, como ya queda dicho, las aristocracias dominantes tendieron á ser religiosas más que militares y políticas, y por lo tanto adquirieron el poder en lugar de perderlo; al mismo tiempo que, por diversas circunstancias, la configuración del suelo producía Estados más poblados y más extensos que en Occidente, y se sabe que es una ley social la de que las instituciones particulares tienen más tenacidad y más vida en tanto que se extienden sobre un espacio más grande. Sea como quiera, los Códigos obtenidos por las sociedades orientales lo fueron relativamente más tarde que en Occidente y tuvieron distinto carácter.

Las oligarquías sacerdotales del Asia parece que acabaron todas escribiendo en un Código su ciencia jurídica, sea para dirigirse ellas mismas, sea para facilitar su recuerdo ó instruir á sus discípulos; pero la ocasión que hallaron de aumentar y consolidar su influencia, ejerció sobre ellas una tentación irresistible. Su monopolio completo de la ciencia del derecho les permitió redactar colecciones de leyes conteniendo menos las reglas que eran observadas que las que la casta sacerdotal juzgaba más á propósito hacer observar. El Código indio que conocemos con el nombre de *Leyes de Manou*, que es seguramente una colección de los brahmanes, encierra, sin duda alguna, muchas reglas del derecho primitivo de la raza india; pero, en opinión de los mejores orientalistas contemporáneos, el conjunto de preceptos contenidos en esta colección, no tuvo realmente fuerza de ley en el Indostán. Es, en su mayor parte, un cuadro de lo que debería ser el derecho desde el punto de vista de los brahmanes.

Es conforme á las costumbres de los hombres y á los motivos especiales de los autores de Códigos parecidos al de Manou, atribuir á estos libros la más alta antigüedad y pretender que emanan textualmente de la Divinidad mis-

ma. Manou, según la mitología india, es una emanación del Sér Supremo; pero la compilación que lleva su nombre y de que se trata de averiguar la fecha, es en la historia del derecho indio una producción relativamente reciente.

Entre las ventajas principales que las XII Tablas y los otros Códigos del mismo género procuran á las sociedades que los obtienen, es necesario contar la protección contra los fraudes de la oligarquía privilegiada, al mismo tiempo que contra la corrupción espontánea y el rebajamiento de las instituciones nacionales. El Código romano se limitaba á enunciar las costumbres que existían en el pueblo. Relativamente al progreso de la civilización romana, era un Código precoz y muy notable, porque fué publicado en una época en que Roma no había salido aún de ese estado en que las obligaciones civiles y religiosas se confunden inevitablemente.

Una sociedad bárbara practicando un conjunto de costumbres, está expuesta á peligros especiales que pueden detener fatalmente su progreso. Los usos que una comunidad determinada adopta en su infancia y en su territorio primitivo, son generalmente los más propios para favorecer el desarrollo de su bienestar moral y físico; y si se les conserva en conjunto hasta que nuevas necesidades sociales hayan enseñado una práctica nueva, la marcha progresiva de la sociedad se asegura poco á poco. Pero existe desgraciadamente una ley de desarrollo que amenaza siempre influir sobre las costumbres no escritas. Estas costumbres son observadas por multitudes incapaces de comprender las razones de su utilidad, y que por consecuencia, explican inevitablemente la duración de dichas costumbres por invenciones supersticiosas. Entonces empieza lo que, en pocas palabras, puede decirse que es una costumbre racional engendrando otra irracional.

La analogía, que presta tantos servicios al derecho cuando llega á su edad de madurez, es la más peligrosa de las zanjas en la infancia del derecho. Las prohibiciones y las prescripciones, limitadas en su origen, con excelentes motivos, á ciertos actos, se hacen luégo aplicables á todos los actos del mismo género, porque, por ejemplo, un hombre amenazado de la cólera de los dioses si hace una cosa, teme naturalmente hacer algo que se parezca á la cosa prohibida. Prohibidos ciertos alimentos por motivo de higiene, la prohibición se extiende á todos los alimentos parecidos, hasta cuando la semejanza se funda en analogías fantásticas. Así, una prudente prescripción para asegurar la propiedad general crea á lo largo la rutina de las abluciones; y la división de la sociedad en clases, necesaria en ciertos periodos de crisis social para defender la existencia de la nación, degenera luégo en diferencias de castas, la más peligrosa y embrutecedora de las instituciones humanas.

El destino del derecho indio nos hace apreciar todo el valor del Código romano. La etnología nos enseña que los romanos y los indios han salido en su origen del mismo tronco, y existen en realidad contundentes semejanzas en lo que fueron las costumbres primitivas de ambos pueblos. Todavía hoy la jurisprudencia india contiene un gran fondo de previsión y buen sentido; pero una imitación irracional la ha llenado de crueles absurdos. Precisamente contra estas corrupciones defendió á los romanos el Código de las XII Tablas. Fué redactado cuando las costumbres del pueblo eran aún puras; cien años después hubiera podido ser muy tarde. El derecho indio, en cambio, ha sido escrito en gran parte; pero, por muy antiguos que sean los compendios que aún quedan en sanscrito, su lectura prueba claramente que fueron redactados cuando el mal estaba ya hecho. No podemos afirmar que, si las XII Tablas no se hubieran publicado, los romanos hubiesen llegado á una civilización tan débil y tan corrompida como la de los indios; pero indudablemente su Código les libró del riesgo de tener tan desgraciado destino.

CAPÍTULO II

Las ficciones legales

Cuando el derecho primitivo llega á incorporarse á un Código, se puede decir que acaba su desarrollo espontáneo. Después, si cambia, los cambios nacen ya por reflexión y vienen de fuera. Es imposible suponer que las costumbres de una tribu ó de una raza cualquiera hayan durado sin alteración durante el largo, á veces inmenso, intervalo de tiempo transcurrido desde su declaración por el monarca patriarcal hasta su publicación por escrito; como sería imprudente afirmar que, en ese intervalo, ningún cambio haya obedecido á deliberación previa. Pero, por lo poco que se sabe del progreso del derecho en este período, sí puede asegurarse que la voluntad refleja tuvo poca parte en las modificaciones, y que las que encontramos en las antiguas costumbres debieron de ser dictadas por sentimientos y modos de pensar incomprensibles en nuestras condiciones mentales del presente. Los Códigos, como queda dicho, dan lugar á una nueva era; y, de allí en adelante, donde quiera que se hallan innovaciones del derecho, podemos atribuirlas ya á un deseo consciente de progreso, ó, cuando menos, á un deseo de abarcar cosas no soñadas en los tiempos primitivos.

A primera vista parece que no puede formularse ninguna proposición general, digna de crédito, sobre la historia de los sistemas jurídicos que siguieron á la introducción de los Códigos. El campo de estudios es muy vasto, y no podemos estar seguros de haber abrazado en nuestras observaciones un número suficiente de fenómenos, ni de haber comprendido exactamente los que hemos observado. Pero la empresa no parecerá acaso imposible si reparamos en que después de la introducción de los Códigos se empieza á notar la diferencia entre las sociedades progresivas y las estacionarias.

En las primeras, que son las que nos interesan, lo más notable es su escaso número. A pesar de la enormidad de pruebas que atestiguan el hecho, es bastante difícil para un habitante de Europa occidental comprender que la civilización que le rodea sólo figura como excepción en la historia del mundo; todos nuestros pensamientos corrientes, todas nuestras esperanzas, todos nuestros temores, todas nuestras especulaciones sufrirían una influencia material, sin duda alguna, si tuviéramos claro concepto de la diferencia que existe entre las sociedades progresivas y el resto del género humano. Pero es innegable que la mayor parte de la humanidad no ha mostrado nunca el menor deseo de ver mejorar sus instituciones civiles, desde la época en que se completaron exteriormente bajo la forma durable de un cuerpo de derecho escrito. Una serie de costumbres ha podido ser violentamente desechada y sustituida; un Código primitivo, con sus pretensiones de origen sobrenatural, ha podido, por la perversidad de los comentaristas sacerdotales, tomar gran extensión y formas sorprendentes; pero, salvo en una pequeña parte del mundo, nada se ha visto en todo esto que se parezca á una mejora gradual de la legislación. Se ha tenido la civilización material, pero, en lugar de haber la civilización desarrollado el derecho, éste ha limitado á aquélla.

El estudio de las razas en su condición primitiva nos proporciona algunos medios de hacer constar el punto en que se ha detenido el desarrollo de ciertas sociedades. Podemos ver que la India de los Brahmas no ha pasado de ese periodo, común á todas las ramas de la familia humana, en que la regla de derecho se confunde con la prescripción religiosa. Los miembros de una sociedad semejante comprenden á la vez que la transgresión de un precepto religioso deba ser reprimido por penalidades civiles y que la violación de las reglas del derecho civil exponga el delincuente al castigo divino. En China se ha adelantado más; pero el progreso también se ha detenido en cuanto las leyes se extendieron tanto como las ideas de que es capaz la raza.

La diferencia que existe entre las sociedades progresivas y las estacionarias es uno de los grandes secretos que las investigaciones científicas no han descubierto todavía. Yo arriesgaré en otro sitio las explicaciones que pueden darse de esto. Basta aquí observar que es imposible avan-

zar en este estudio sin establecer claramente que la condición estacionaria es la regla y el progreso la excepción.

Otra condición indispensable para el estudio propuesto es un conocimiento exacto del derecho romano en sus diversas formas históricas. De todas las instituciones humanas, el derecho romano es el que tiene más larga historia conocida, y en el que mejor consta el carácter de sus modificaciones. Del principio al fin, ese derecho ha mejorado progresivamente, ó cambiado al menos, en el sentido que los autores del cambio consideraban una mejora, y estas mejoras han continuado durante un periodo de tiempo en que el pensamiento y la actividad del resto del género humano vacilaban, á punto más de una vez de detenerse totalmente.

Limitándonos nosotros á hablar de las sociedades progresivas, podemos afirmar que en ellas las necesidades sociales y la opinión pública van siempre delante del derecho. Podremos disminuir indefinidamente la distancia, pero los progresos constantes de la opinión hacen imposible que desaparezca totalmente. El derecho es estable y las sociedades de que nosotros hablamos progresan; el más ó el menos del bienestar de los individuos que las componen depende de la prontitud con que el derecho se aproxima á la opinión.

Se puede establecer una proposición general sobre los medios por los cuales el derecho se pone en armonía con las necesidades sociales. Estos medios, á mi juicio, son tres, á saber: las ficciones legales, las consideraciones de equidad y la legislación: todos ellos aparecen en la historia en el mismo orden en que acabamos de colocarlos. Puede suceder que dos de dichos medios subsistan al mismo tiempo y hasta que, en algún sistema de derecho, no se conozca alguno; pero no sabemos de un caso en que el orden de su aparición sea distinto del mencionado. La historia primitiva de uno de estos medios, la equidad, es algo oscura y alguien puede creer que ciertos estatutos aislados sobre reforma de las leyes civiles, han sido anteriores á toda jurisdicción de equidad. Por nuestra parte, creemos lo contrario; pero, aun cuando no estuviéramos en lo cierto, bastaría, para evitar errores, limitar nuestra afirmación á los periodos en que dichos medios ejercieron una influencia real y sostenida en la historia del derecho.

Empleamos la palabra *ficción* en un sentido mucho más amplio del en que la suelen emplear los jurisconsultos ingleses y del que significan también las ficciones de Roma. Ficción en el antiguo derecho romano, *fictio*, es un término procesal para designar una afirmación falsa del demandante contra la que no puede excepcionar el demandado; como, por ejemplo, cuando se dice que el demandante, extranjero en realidad, es ciudadano romano. El fin de estas ficciones era dar jurisdicción, pareciéndose mucho á las alegaciones que, para impedir el conocimiento de la jurisdicción ordinaria, se usaban en nuestro tribunal del Banco de la Reina, sobre que el demandado estaba bajo la custodia del Mariscal del Rey ó sobre que el demandante era deudor al Rey y no podía pagarle por la mora del demandado. Pero nosotros empleamos aquí la palabra *ficción legal* para designar toda afirmación conque se oculta ó trata de ocultar la alteración hecha en una regla del derecho, cuya aplicación cambia, pero cuyo texto subsiste. Esta explicación comprende, por consecuencia, los ejemplos citados del derecho romano y del inglés; y además comprende otros dos: nuestra jurisprudencia de los Tribunales (*case law*) y las *responsa prudentum* de los romanos, de que nos ocuparemos en seguida.

De hecho, en uno y otro caso, el derecho cambia completamente; la ficción no hace más que suponer que no ha cambiado. No es difícil comprender por qué, en todas sus formas, las ficciones se acomodan bien con el estado de infancia de las sociedades: por un lado, satisfacen el deseo de mejorar, que no falta nunca totalmente; por otro, no ofenden la repugnancia supersticiosa que existe todavía hacia las innovaciones. En cierto estado de desarrollo social, las ficciones son procedimientos útiles para cambiar un derecho rígido; y en realidad, sin una de ellas, la adopción, que permite crear artificialmente los lazos de la familia, sería difícil comprender cómo la sociedad pudo dejar sus andadores y dar los primeros pasos en la civilización. Por consecuencia, no debe importarnos el ridículo que Bentham arroja sobre las ficciones legales cada vez que las menciona. Denunciarlas como fraudulentas es tanto como desconocer el papel que les corresponde en el desarrollo histórico del derecho.

Igualmente necia es la pretensión contraria de algunos teóricos que, con vista de los servicios prestados en su tiempo por las ficciones, quisieran que se las hiciese permanentes en nuestro derecho. Muchas existen hoy que ejercen aún poderosa influencia sobre el derecho inglés, á las que no se podría renunciar sin chocar con las ideas y sin alterar considerablemente el tecnicismo; pero es cierto también sin duda alguna que resulta indigno de nosotros buscar un efecto de utilidad reconocida por medio tan grosero como una ficción legal. Ninguna anomalía puede considerarse inocente, cuando con ella la ley se hace más difícil de comprender ú ordenar. Entre otros inconvenientes, las ficciones legales tienen el de ser un grandísimo obstáculo para la clasificación simétrica de las leyes. Con las ficciones, la regla de derecho no es más que la cáscara, cáscara dura, que contiene el derecho nuevo, oculto bajo la apariencia de un derecho viejo minado por el tiempo. De aquí nace la dificultad de saber si una regla en vigor debe ser clasificada en su lugar aparente ó en su lugar real; duda en la que cada cual elige un término ú otro de la alternativa según su espíritu y su modo de ver las cosas. Por eso, si el derecho inglés ha de ponerse en orden, será necesario descartar las ficciones legales, abundantes aún á pesar de recientes mejoras legislativas.

El segundo medio para adaptar el derecho á las necesidades sociales es el que llamamos la *equidad*, entendiendo con esta palabra un cuerpo cualquiera de reglas, existentes al lado del derecho civil, fundadas en principios distintos, y pretendiendo en cada caso particular sobreponerse á ese derecho, en virtud de una pureza superior atribuida á sus principios. La equidad, ante los pretores romanos y ante los cancilleres de Inglaterra, difiere de las ficciones, que la han precedido en Roma y entre nosotros, en que la modificación introducida en el derecho es patente y alegable. Por otra parte, difiere de la legislación, medio de perfeccionamiento del derecho que viene detrás de ella, en que sus pretensiones de autoridad se fundan, no en las prerrogativas de una persona cualquiera ó de una corporación constituida, ni en los poderes del magistrado que falla, sino en la naturaleza de los principios con que se cree que debe

conformarse el derecho todo. Esta concepción de un conjunto de principios más sagrados que los del derecho, y aplicables con independencia del consentimiento de una autoridad exterior cualquiera, pertenece á un estado intelectual más avanzado que el que corresponde á las ficciones legales.

La *legislación*, es decir, los decretos de un poder que, sea príncipe autocrático ó asamblea parlamentaria, se supone órgano de la sociedad entera, es el último de los medios de mejorar el derecho. Difiere de las ficciones legales en lo mismo que difiere la equidad, y se distingue igualmente de ésta en que su autoridad emana de una persona ó corporación. Su fuerza obligatoria es independiente de sus principios. Los legisladores, por muy limitados que pueda hacer sus poderes la opinión, poseen en teoría el de imponer las obligaciones que le convienen á los miembros de la comunidad. Nada impide hacer leyes con todo el abandono del capricho. La legislación puede ser dictada por la equidad, si con esta palabra se entiende una norma del bien y del mal, á la que deba el legislador conformar sus decretos: pero la fuerza obligatoria de éstos depende simplemente de la autoridad legislativa y no de los principios en cuya virtud se obra. Así, también, la legislación difiere de las reglas de equidad, en el sentido técnico de la palabra, en que éstas pretenden una autoridad superior y más respetable que la de los tribunales, hasta sin el concurso de la autoridad legislativa.

Estas distinciones son tanto más necesarias cuanto que un discípulo de Bentham podría muy bien confundir, bajo el nombre común de legislación, las ficciones, la equidad y el derecho estatuído ó positivo. Todo esto, diría él, supone confección del derecho, y no hay más diferencia que en el mecanismo que produce el derecho nuevo. Esto es cierto, y no debemos nosotros olvidarlo; pero no es una razón suficiente para privarnos del empleo de un término tan conveniente como el de legislación en un sentido especial. Legislación y equidad son cosas distintas en la opinión vulgar y en el espíritu de la mayor parte de los juristas; pero, aunque la distinción fuera convencional, no convendría despreciarla, dadas las importantes consecuencias prácticas que de ellas se derivan.

Fácil sería encontrar, en casi todos los cuerpos de reglas jurídicas un poco desarrollados, ejemplos de *ficciones legales* en que el observador moderno viese inmediatamente su verdadero carácter. Los dos que voy á examinar no presentan una gran facilidad para descubrir la naturaleza del procedimiento empleado. Los primeros autores de estas ficciones no pretendían innovar, y ciertamente ni querían ser sospechosos de innovación. Por lo demás, siempre hay personas que se niegan á ver una ficción cualquiera en estos procedimientos y el lenguaje convencional es conforme á su opinión. Ningún ejemplo puede, por consecuencia, enseñar mejor cómo toman asiento las ficciones legales y cómo cumplen eficazmente su doble función de transformar un sistema de derecho y ocultar la transformación.

En Inglaterra estamos acostumbrados á ver extenderse el derecho, modificarse y perfeccionarse por un mecanismo que, en teoría, es incapaz de alterar una línea ni un punto de la jurisprudencia inglesa; el procedimiento con que se forma esta legislación es menos sensible que cierto. Cuando se trata de la gran parte de nuestro derecho contenida en las sentencias de los tribunales é incluida en nuestros repertorios de jurisprudencia, empleamos un doble lenguaje y tenemos al parecer una doble serie de ideas poco consistentes. Cuando un grupo de hechos es llevado en forma de juicio á un tribunal inglés, toda la discusión entre los abogados y los jueces rueda siempre sobre la hipótesis de que no hay cuestión ni puede haberla que haga necesaria la aplicación de otros principios que los antiguos, ó de otras distinciones que las admitidas de mucho tiempo acá. Se tiene por absolutamente demostrado que siempre hay una regla de derecho aplicable á la causa, y que si esa regla no se descubre es sólo por falta de paciencia, de ciencia ó de penetración.

Pero en cuanto la sentencia ha sido dictada y publicada, nuestro modo de hablar y de pensar cambia totalmente sin notarlo. Nosotros admitimos entonces sin vacilación que la nueva sentencia ha modificado el derecho. Según una expresión incorrecta que se emplea algunas veces, las reglas aplicables se hacen más elásticas, pero en realidad se las cambia; se hace una adición á las sentencias precedentes, y

la regla de derecho nueva, nacida de la comparación de las anteriores, no es ya la misma que hubiera sido si la serie de casos se hubiese limitado á un solo ejemplo. El hecho es que la antigua regla queda abrogada, y que la nueva se nos escapa, porque tenemos la costumbre de redactar en términos tan pocos precisos las fórmulas legales sacadas de las precedentes que no advertimos los cambios que no son claros y violentos.

No busquemos en detalle ahora las causas que han conducido á los juristas ingleses á adquirir estas curiosas anomalías. Probablemente, en el origen, la doctrina corriente sería que en alguna parte, en las nubes ó en la conciencia de los magistrados, existia un cuerpo de derecho inglés completo, bien unido, bien ordenado, de una amplitud suficiente para contener los principios aplicables á cualquier combinación de circunstancias. Se creía esta teoría mucho más en su origen que lo que se cree ahora, y acaso tenía más fundamentos que hoy. Los jueces del siglo XIII quizás tuvieron a su disposición una mina de leyes desconocidas para el foro y para la masa del público; pues hay algún motivo para pensar que hicieran en secreto extensas ampliaciones, no siempre juiciosas, de los compendios corrientes del derecho romano y del canónico. Pero este almacén quedó cerrado tan luégo como las cuestiones decididas en Westminter-Hall fueron bastante numerosas para formar sólida base de un sistema de jurisprudencia; y actualmente, después de los siglos, los prácticos ingleses se expresan como si creyesen la proposición paradójica de que «desde el origen del derecho inglés, nada se ha añadido á sus principios sino por estatuto ó decisión de equidad.» Nosotros no sostenemos que estos tribunales hacen leyes, ni suponemos que jamás las hayan hecho; pero, sin embargo, pretendemos que las reglas del derecho consuetudinario inglés, con alguna ayuda del tribunal de la Cancillería y del Parlamento, son bastante amplias para servir á todos los complicados intereses de la sociedad moderna.

Un cuerpo de derecho que, desde el punto de vista en que estamos colocados, se parece mucho y de una manera muy instructiva á nuestro derecho de jurisprudencia, es el que conocían en Roma con el nombre de *Responsa pruden-*

tum. Varió mucho la forma de estas respuestas en las diversas épocas del derecho romano; pero, mientras duró éste, consistieron en notas explicatorias sobre leyes escritas, siendo en su origen exclusivamente conjuntos de opiniones sobre la interpretación de las XII Tablas. Lo mismo que entre nosotros, los jurisconsultos se expresaban como si en nada hubiese variado el texto del antiguo Código: en éste se hallaba la regla general; la regla dominaba sobre toda glosa y sobre todo comentario; ninguna opinión, por muy eminente que fuese el intérprete, quedaba libre de revisión si se invocaba contra ella el venerable texto. Sin embargo, los libros de respuestas que llevaban nombres de los jurisconsultos principales gozaban una autoridad por lo menos igual á nuestros repertorios de jurisprudencia, y modificaban, extendían, limitaban constantemente y hasta reemplazaban en la práctica las disposiciones del derecho decemviral.

Los autores de la nueva jurisprudencia, mientras que pensaron en formarla, profesaron el más profundo respeto á la letra del Código, y se limitaron á explicar, á descifrar, á obtener el verdadero sentido; pero, al fin y al cabo, comparando textos, acomodando el derecho á los casos presentados y discurriendo sobre las aplicaciones posibles á los casos futuros, con las reglas de interpretación que se fueron formando sobre la base de escritos anteriores de otros, el resultado fué que se introdujo una infinidad de reglas con las que no habían soñado nunca los redactores de las XII Tablas y que, en realidad, rara vez se hallaban en ellas. Todos estos tratados de jurisconsultos eran respetados porque se les suponía conformes al Código; pero su autoridad comparativa dependía de la autoridad personal de quien los redactaba. El nombre de un gran jurisconsulto, conocido generalmente como tal, daba á su libro de respuestas una autoridad semejante á la de los decretos del legislador; y á su vez constituía una base para formar sobre ella un cuerpo de jurisprudencia nuevo.

Las respuestas de los primeros jurisconsultos no eran publicadas, sin embargo, en el sentido moderno de la palabra, por su autor, sino por sus alumnos, y probablemente sin orden determinado. Es de notar la parte que los estudiantes tomaron en estas publicaciones, porque el servicio que prestaban con ellas á sus maestros parece haber sido generalmente pagado con la atención que él ponía en la educación de sus alumnos. Los tratados escritos para la enseñanza bajo el nombre de Institutas ó Comentarios, uno de los últimos frutos de la función de los jurisconsultos, constituyen los trabajos más notables del sistema romano. En estos libros de educación, y no en los destinados á los juristas hechos, es donde los jurisconsultos daban al público sus clasificaciones y sus proposiciones para modificar y perfeccionar el lenguaje jurídico.

Comparando las respuestas de los *prudentes* en Roma con su equivalente inglés, es necesario no olvidar que allí eran los abogados y no los jueces quienes desenvolvían esta parte del derecho romano. La decisión de un tribunal de Roma, por mucha autoridad que tuviese dentro del procedimiento, no tenía ninguna si faltaba reputación profesional al magistrado respectivo. Para hablar con propiedad, no hubo en Roma en tiempo de la República ninguna institución análoga á la de los tribunales de jurisprudencia inglesa *(banch)*, ni á las Cámaras imperiales de Alemania, ni al Parlamento francés. Había importantes magistrados, con amplias funciones judiciales en sus departamentos respectivos, pero su magistratura no duraba más que un año; de manera que no puede comparárseles á nuestros jueces permanentes, cuya función correspondía allí á los abogados de nota. Mucho habría que decir sobre aquel estado de cosas, que hoy se nos ofrece como una chocante anomalía; pero era sin duda más conforme que el nuestro con el espíritu de las antiguas sociedades, en las que se tendía á establecer distintos órdenes separados, sobre los cuales no se toleraba ninguna jerarquía profesional.

Es notable que este sistema no produjera ciertos efectos que de él podían esperarse. Así, por ejemplo, aunque ninguna barrera artificial se oponía á la enseñanza y difusión del derecho, éste no se popularizó, ni se llegó á disminuir el esfuerzo intelectual necesario para comprender la ciencia, como se hizo en algunas repúblicas de Grecia. Al contrario, sin la acción de cierto número de causas, es muy probable que la jurisprudencia romana se hubiera hecho

tan minuciosa, tan técnica y tan difícil como alguno de los sistemas posteriores.

Hay además otra consecuencia que pudo haberse esperado naturalmente y que sin embargo no se produjo nunca. Los jurisconsultos, hasta la desaparición de las libertades de Roma, formaron una clase no limitada y cuya importancia numérica debió de variar mucho; y sin embargo, parece que no había duda, en cada generación, respecto de los individuos cuya opinión merecía considerarse concluyente en la decisión de las cuestiones. Los cuadros animados que abundan en la literatura latina, esos cuadros de género que nos representan la vida diaria de los principales jurisconsultos, viniendo sus clientes al alba desde el campo en multitudes que llenaban la antecámara, rodeando al jurisconsulto los estudiantes con sus libros de notas para consignar la respuesta á las consultas, esos cuadros no se aplican en cada época más que á uno ó dos nombres eminentes. Gracias al contacto directo del cliente con el abogado, el pueblo romano parece haber sido muy sensible al nacimiento y al fin de la reputación de los jurisconsultos; y hay pruebas numerosas, especialmente en el conocido informe de Ciceron *Pro Murena*, de que el respeto popular á los éxitos del foro era más bien excesivo que insuficiente.

No puede dudarse que las particularidades indicadas, en cuanto al desarrollo del derecho romano en sus orígenes, fueron las causas de la excelencia que le caracteriza y de su riqueza de principios. El crecimiento y la exuberancia de éstos fué sostenida indudablemente de una parte por la concurrencia de los expositores de la ley, influencia enteramente desconocida donde hay jueces á quienes el rey ó la república confían el encargo de administrar justicia. Pero la causa principal, sin duda alguna, de la riqueza de ese derecho fué la multiplicación libre de los casos sometidos á una decisión legal. Los hechos que causaban la perplejidad de los campesinos no eran más propios, para servir de base á la respuesta de un jurisconsulto, que un conjunto de circunstancias hipotéticas propuestas por un estudiante ingenioso. Cualquier combinación de hechos, fuese imaginaria ó real, tenía la misma importancia para el caso. Hay que notar que al jurisconsulto le importaba poco que su opinión fuese momentáneamente dominada por el magistrado que dictaba la sentencia, salvo cuando éste le aventajase en ciencia ó en estimación pública. No es que descuidase totalmente por eso los intereses de su cliente, que en los primeros tiempos le servia de elector y más adelante le pagaba, sino que el gran camino de las recompensas era el buen concepto de los compañeros; y, en un sistema así, claro está que se obtenia mucho más partido considerando cada caso como la aplicación de un gran principio ó como el ejemplo de una regla, que apropiándolo al triunfo aislado ante el juez.

Es evidente, repetimos, que la falta de obstáculos para la invención de cuestiones posibles ejerció allí una poderosa influencia. Cuando los datos pueden ser multiplicados á voluntad, la facilidad para el desarrollo de una regla general aumenta inmensamente. Con nuestro modo de administrar justicia, el juez no puede salir del conjunto de hechos que á él ó á sus predecesores han sido sometidos; y, por consiguiente, cada grupo de circunstancias á que se aplica una sentencia recibe una especie de consagración, como dicen los franceses, y adquiere ciertos caracteres que le distinguen de todo otro caso real ó supuesto. Pero, en Roma, según hemos tratado de explicar, nada había parecido á una cámara de jueces, y por tanto ninguna combinación de hechos tenía más valor que otra. Cuando una dificultad era sometida á la opinión del jurisconsulto, nadie impedía á cualquier persona dotada del sentimiento de la analogía reunir y examinar toda clase de cuestiones relacionadas con las puestas á discusión. Cualquiera que fuese la opinión práctica dada al cliente, la respuesta, recogida en los libros de los estudiantes, consideraba las circunstancias de la causa solamente como regidas por un gran principio ó comprendidas en una regla dominante.

Entre nosotros no ha sucedido nada de esto, y no debería perderse de vista nunca, cuando tan numerosas críticas se alzan contra el derecho inglés, la manera como se ha formado éste. Si nuestros tribunales dudan al declarar principios, lo más racional es atribuirlo, no á la disposición de los jueces, sino á la pobreza de nuestros precedentes judiciales, por muy numerosos que parezcan á los que no co-

nocen otros sistemas de derecho. Cierto es que muchas naciones de la Europa moderna nos aventajan en riqueza de principios legales: pero no hay que olvidar que la jurisprudencia romana ha servido de base á sus instituciones civiles. Ellos han edificado sus murallas con los restos del derecho romano; pero, en cuanto á los materiales y á la mano de obra de lo demás, no llevan ventaja importante á los jueces de Inglaterra.

Durante el periodo de la libertad de Roma fué cuando su derecho adquirió el sello que le caracteriza; y, en los primeros tiempos del mismo, su desarrollo tuvo base en las respuestas de los jurisconsultos. Pero, á medida que se aproximaba el fin de la República, las respuestas tomaron ya otra forma, indudablemente fatal para su ulterior desarrollo: la de ser reunidas en compendios y reducidas á sistema. Se dice que Q. Mucius Scevola, el Pontífice, reunió en un manual todo el derecho civil, y en los escritos de Cicerón se encuentra ya cierto disgusto hacia los antiguos métodos, comparados con los instrumentos más activos de las innovaciones legales.

En efecto, en esta época nacieron nuevos medios de modificación del derecho. El edicto ó proclama del pretor había adquirido crédito como instrumento principal de la reforma y Lucio Cornelio Sila, al promulgar el gran grupo de leyes llamadas *Corneliæ*, había demostrado que podían hacerse mejoras rápidas y prontas con la legislación directa. Augusto dió luégo el último golpe á las respuestas, limitando á un pequeño número de jurisconsultos los que tuvieron el derecho de emitir opiniones obligatorias sobre los casos consultados; y aquel cambio, que se aproxima á las ideas del mundo moderno, debió de alterar radicalmente el carácter de la profesión de jurisconsulto y la naturaleza de su influencia en el derecho romano. Posteriormente nació otra escuela de jurisconsultos que han quedado para siempre como lumbreras del derecho; pero ya ni Ulpiano, ni Gayo, ni Paulo, ni Papiniano fueron autores de respuestas. Sus obras son tratados en regla sobre ramas particulares del derecho y más especialmente sobre el edicto del pretor.

En el capítulo siguiente examinaremos la equidad de los romanos y el Edicto pretorial que la introdujo en el sistema. En cuanto á las leyes propiamente dichas, basta decir que fueron muy poco numerosas bajo la República, y numerosísimas bajo el Imperio. En la juventud y en la infancia de las naciones, es raro que la *legislación* sea empleada para reformas generales del derecho privado. El voto del pueblo no pide cambios de leyes, que son estimadas generalmente en más de lo que valen, sino pureza en su aplicación, completa y sin obstáculos; así, se recurre al poder legislativo solamente para hacer desaparecer algún abuso ó para terminar alguna contienda inveterada entre clases ó dinastías. Debió de existir, por otra parte, en la inteligencia de los romanos alguna asociación de ideas que uniese la promulgación de un cuerpo de leyes con el apaciguamiento de la sociedad tras de una gran conmoción civil. Así, Sila señaló su reconstitución de la República con las leyes Cornelias; Julio César se proponía hacer muchas otras; Augusto promulgó el grupo tan importante de las leyes Julias; y, entre los emperadores últimos, los más grandes promulgadores fueron los príncipes como Constantino llamados á la reconstitución de los organismos sociales.

El verdadero periodo de la legislación romana no comienza hasta el establecimiento del Imperio. Las leyes de los emperadores, dadas en un principio á nombre del pueblo, y atribuidas más tarde francamente á la prerrogativa imperial, se extendieron y se hicieron más numerosas desde la consolidación del poder de Augusto hasta la publicación del código de Justiniano. Se ve que, desde el segundo de los emperadores, empiezan ya formas de derecho y de administración de justicia muy parecidas á las que nos son hoy familiares. Nacen entonces un derecho estatuido y un cuerpo limitado de expositores, se unen luégo un tribunal de apelación y unos cuantos comentarios autorizados, y así se llega, al fin, casi á las mismas ideas de nuestros tiempos.

CAPÍTULO III

Derecho de la naturaleza y equidad

La teoría de un conjunto de principios de derecho puestos, por su superioridad intrínseca, sobre las antiguas leyes, tuvo en Roma, como tiene en Inglaterra, buena acogida. Un conjunto de principios semejantes, en cualquier sistema en que se funde, es lo que en el precedente capítulo llamábamos *equidad;* término que, según se va á ver, fué uno de los que usaron, para designar esta reforma del derecho, los mismos jurisconsultos romanos.

La jurisprudencia del tribunal de Cancillería, que lleva el nombre de equidad en Inglaterra, no podría ser convenientemente discutida más que en un tratado aparte. Su contextura es muy compleja y sus materiales proceden de muchos orígenes diferentes. Los primeros cancilleres eclesiásticos aportaron muchos principios del derecho canónico sobre los cuales reposa todo el edificio. Los jueces posteriores de la Cancillería han dado entrada al derecho romano, más fertil que el canónico en reglas aplicables á las contiendas seculares; y hay muchas sentencias en que, aun sin citarle, se copian párrafos enteros del *Corpus juris civilis*. Más recientemente, sobre todo desde la mitad al fin del siglo XVIII, los sistemas mixtos de jurisprudencia y de moral de los publicistas de los Países Bajos fueron muy estudiados, y desde lord Talbot hasta la entrada de lord Eldon en la Cancillería, ejercieron considerable influjo sobre la jurisprudencia de ese tribunal. Dicha jurisprudencia, formada, como se ve, de diversos materiales, tuvo siempre necesidad de conformarse con las analogías del derecho común, pero ha constituído en todo tiempo un cuerpo de principios jurídicos relativamente nuevos, destinados á remplazar la vieja jurisprudencia del país en virtud de una superioridad moral intrínseca.

La equidad entre los romanos era de una construcción más simple y se puede seguir más fácilmente su desenvolvimiento desde el principio. Su carácter y su historia merecen examen atento; porque de ellas se derivan muchas ideas que han ejercido profunda influencia sobre el pensamiento humano y que han afectado por eso mismo seriamente los destinos de la humanidad.

Los romanos atribuían dos orígenes á su derecho. «Todas las naciones, dice la Instituta de Justiniano, gobernadas por leyes ó costumbres, se rigen en parte por sus leyes particulares, y en parte por leyes comunes á todo el género humano. El derecho que hace para sí mismo un pueblo, se llama derecho civil; pero el que la razón natural dicta á todo el género humano se llama derecho de las naciones (*jus gentium*), porque todas las naciones se sirven de él.» La parte de derecho que «la razón natural dicta á todo el género humano», es el elemento que se suponía haber introducido el pretor en la jurisprudencia de aquel pueblo. Entonces se le llamaba más simplemente derecho natural (*jus naturale*) y se decía que sus prescripciones eran dictadas por la *equidad* natural y también por la razón natural. Vamos á ver si descubrimos el origen de estas famosas expresiones, derecho de gentes, derecho natural y equidad, y si determinamos la relación entre los conceptos distintos que expresan.

Cualquiera que haya estudiado, aunque sea superficialmente, la historia de Roma, ha debido notar la influencia extraordinaria que la presencia de los extranjeros, bajo distintos nombres, tuvo allí en los destinos de la República. Las causas de esta inmigración son muy visibles en los últimos tiempos, porque es fácil comprender que los hombres de todas las razas afluyan á una villa dominadora del mundo; pero el caso es que este mismo fenómeno, de una población numerosa de extranjeros y de manumitidos, se nos muestra desde las primeras páginas de la historia de Roma. Sin duda, la sociedad de la antigua Italia, compuesta en gran parte de hordas de ladrones, era instable, y por esto los hombres estaban siempre obligados á buscar el territorio de otra comunidad bastante fuerte para protegerse y protegerlos contra los ataques exteriores, aunque la protección se comprara al precio de crecidos impuestos, de pérdida de libertades políticas y aun de indudable humillación social. Si esto no lo explica todo, habrá acaso que suponer

también activas relaciones mercantiles, que, aunque no completamente de acuerdo con las tradiciones militares de la República, existieron sin duda entre Roma y Cartago y el interior de Italia en los tiempos antehistóricos. A cualquier circunstancia que se atribuya, lo cierto es que el elemento extranjero de la República determinó la dirección de su historia, reducida en todas las épocas al relato de los conflictos entre una nación tenaz y una población extranjera.

En los tiempos modernos no se halla nada de esto; primero, porque las naciones contemporáneas no han recibido nunca ó casi nunca inmigraciones de extranjeros suficientemente considerables para hacerse sentir sobre la masa de ciudadanos; segundo, porque los Estados modernos, sujetos todos al poder que se reconoce en un Rey ó superior político, absorben rápidamente masas de emigrantes, al contrario del mundo antiguo, donde los ciudadanos primitivos de una República se creían unidos por lazos de la sangre y consideraban como usurpaciones de su herencia las reclamaciones de los extranjeros para participar de su derecho.

En los primeros tiempos de la República romana, el principio de exclusión absoluta de los extranjeros se hallaba tanto en el derecho civil como en la Constitución del Estado. El extranjero no podía tener participación alguna en instituciones que se suponían tan antiguas como el Estado mismo; no podía gozar las ventajas del derecho quiritario; no podía entrar en el *nexum*, que era á la vez la transferencia de los bienes y la forma primitiva del contrato entre los romanos; no podía tampoco intentar la acción *sacramenti*, modo de procedimiento cuyo origen se remonta á la infancia de la civilización. Sin embargo, ni el interés ni la seguridad de Roma permitían dejarle completamente fuera de la ley. Todas las antiguas comunidades corrían el riesgo de ser destruídas por cualquiera perturbación ligera de equilibrio, y el simple instinto de conservación tenía que forzar á los romanos á definir en cualquier forma los derechos y deberes de los extranjeros, que, pudiendo dirimir sus contiendas á mano armada, ofrecían realmente un peligro en el antiguo mundo.

Además, el comercio exterior no fué descuidado en ninguna época de la historia romana. Así, mitad como medida de policía, mitad como modo de facilitar el comercio, se estableció una jurisdicción para juzgar los pleitos que ocurrieran entre dos extranjeros, ó entre un ciudadano y un extranjero. El establecimiento de esta jurisdicción llevaba consigo la necesidad inmediata de hallar algunos principios para poder juzgar, y los que aplicaron caracterizan bien la época. No querían, como ya hemos dicho, decidir estos litigios por derecho civil romano; no querían tampoco, por parecerles una especie de humillación, aplicar el derecho del Estado á que el extranjero pertenecía. Entonces se apeló al procedimiento de elegir reglas comunes á Roma y á los distintos Estados italianos de que procedían los extranjeros. En otros términos: se dedicaron á formar un sistema conforme al sentido primitivo y literal del *jus gentium*, ó sea, un derecho común á todas las naciones.

El *jus gentium* era en realidad el resumen de lo que había de común entre las costumbres de las antiguas tribus italianas; las cuales eran *todas las naciones* que podían observar los romanos, y que enviaban inmigrantes á su territorio. Cada vez que se veía un uso admitido en gran número de tribus, se le consideraba como una parte del derecho común á todas las naciones, ó sea, del *jus gentium*. Por ejemplo, aunque la traslación de la propiedad fuese acompañada de formas diferentes en las diversas repúblicas que rodeaban á Roma, la traslación efectiva, la tradición ó entrega de la cosa, formaba parte del procedimiento en todas ellas. Entre los romanos, aunque secundaria, era una parte de las formalidades de la *mancipatio*. La tradición, por consecuencia, siendo probablemente la sola condición común en las formas de trasferencia que los romanos tenían á la vista, fué considerada como una institución *juris gentium*, ó regla de derecho común á todas las naciones. Otro gran número de usos fué estudiado con idéntico fin. Se descubría algún rasgo característico común á todas las las costumbres de igual naturaleza, y ese rasgo tomaba plaza en el *jus gentium*. Por lo tanto, el *jus gentium* fué la colección de reglas y principios que la observación señaló como comunes á las instituciones por que se regían las tribus italianas.

Las circunstancias en que nació el *jus gentium* bastan para librarnos del error de creer que los juristas romanos

tuviesen á este derecho un respeto especial. Ellos le habían admitido en parte por desdén á toda ley extranjera, y en parte para no dar al extranjero las ventajas del derecho civil indígena. Indudablemente hoy consideraríamos de un modo muy distinto el *jus gentium*, si hubiéramos de hacer la misma operación que los jurisconsultos romanos. Nosotros daríamos una vaga superioridad, por lo menos, á los principios que viéramos extendidos en gran número de costumbres diversas; tendríamos cierto respeto á las reglas universales. Hablaríamos acaso de este elemento común como si fuera la esencia de la transacción en que entrase, y desecharíamos, como accidentales y accesorias, las formalidades que variaran en los diversos Estados. Quizá, en las razas que comparáramos, viésemos un sistema de instituciones comunes de que sería una reproducción el *jus gentium*, y las costumbres complicadas de los diferentes Estados no nos pareciesen otra cosa que una corrupción de las disposiciones más simples que primitivamente les rigieran.

Pero los resultados á que conducen las ideas modernas son completamente contrarios á los que alcanzó el instinto romano de los tiempos primeros. Ellos miraron con disgusto ó con temor receloso lo que nosotros respetamos ó admiramos. Las partes de la jurisprudencia á que ellos tenían más cariño son justamente las que un teórico moderno desdeña como accidentales y transitorias; por ejemplo, los ademanes solemnes de la mancipación, las preguntas y respuestas cuidadosamente ajustadas del contrato verbal, las formalidades sin fin de los litigios y del procedimiento. Pero el *jus gentium* era un sistema simplemente impuesto por las necesidades políticas, y lo estimaban tan poco como á las instituciones extranjeras de que procedía y en cuyo favor estaba establecido.

Era necesario una completa revolución de sus ideas para que se respetase aquel derecho, y cuando la revolución se verificó fué tan completa que, si nosotros apreciamos el *jus gentium* de modo tan distinto del de los primitivos romanos, es porque el derecho y la filosofía modernas han heredado las opiniones de los jurisconsultos posteriores. Llegó un tiempo en que el *jus gentium*, considerado al principio como un innoble apéndice del derecho civil, fué mirado como el gran

modelo, imperfecto aún, al que todo derecho debía asemejarse en lo posible. Esta crisis acaeció cuando la teoría griega del derecho natural fué aplicada en Roma á la administración práctica del derecho común á todas las naciones.

El *jus naturale* ó derecho de la naturaleza es simplemente el *jus gentium* ó derecho de las naciones, visto á través de una teoría particular. El jurisconsulto Ulpiano, con el gusto de las distinciones que caracterizó á los juristas, trató sin éxito de distinguir ambos derechos; pero el lenguaje de Gayo, cuya autoridad es más grande, y el fragmento de la Instituta que hemos citado permiten afirmar que la diferencia entre las dos expresiones era puramente histórica y jamás pudo distinguírselas seriamente. Inútil es añadir que la confusión entre el *jus gentium*, ó derecho común á todas las naciones, y el derecho *internacional* es totalmente moderna. El nombre clásico del derecho internacional era *jus feciale* ó derecho de las negociaciones y de la diplomacia. También conviene advertir que las opiniones confusas que reinaban sobre el sentido de las palabras *jus gentium* han contribuido mucho á formar la teoría moderna de que «las relaciones de los Estados independientes se rigen por el derecho de la naturaleza.»

Se hace necesario investigar cómo los griegos comprendieron la naturaleza y el derecho de ésta. La palabra *fisis*, que los latinos tradujeron *natura* y nosotros *naturaleza*, designaba sin duda alguna en su origen el universo material, pero lo designaba en un aspecto que no es fácil determinar en el moderno lenguaje, por la gran distancia intelectual que nos separa de aquella época. La palabra *naturaleza* designaba el mundo físico considerado como producto de algún elemento ó ley primordial; los más antiguos filósofos griegos explicaban habitualmente la creación como la manifestación de un solo principio, que, según unos, era el movimiento y, según otros, el fuego, ó la humedad ó la generación. Así, en ese sentido más simple y más antiguo, la palabra naturaleza designó precisamente el mundo físico, considerado desde el punto de vista de la manifestación de un principio. Después las sectas griegas, volviendo á las ideas que habían ya abandonado las más grandes inteligencias de Grecia, añadieron el mundo moral al mundo físico

en su concepción de la naturaleza, y extendieron el sentido de la palabra hasta hacerla abarcar, no solamente la creación visible, sino las ideas, las prácticas y las aspiraciones del género humano. Sin embargo, lo mismo que en el tiempo anterior, no eran todos los fenómenos morales de la sociedad los que comprendían en la palabra naturaleza, sino los que consideraban regidos por algunas leyes generales ó simples.

Como los antiguos teóricos griegos suponían que el azar había cambiado el universo material, haciéndole pasar de su primera forma simple á la complicada que hoy tiene, sus descendientes intelectuales imaginaron que, del mismo modo, á no haber sido por algunos fatales accidentes, el género humano seguiría reglas de conducta más simples y llevaría una vida menos accidentada. Vivir según la naturaleza fué considerado como fin de la existencia humana; era el fin que los mejores, de entre los hombres, debían proponerse. Vivir según la naturaleza era elevarse por cima de las costumbres desordenadas y de los placeres groseros del vulgo, para seguir reglas de acción más altas, que exigían la abstinencia y el dominio de sí mismos. Se sabe que la proposición «vivir según la naturaleza» fué el resumen de las opiniones de la famosa escuela estoica.

Cuando Grecia fué conquistada, esta filosofía hizo progresos rápidos en la sociedad de Roma. Había en ella un natural atractivo para la clase rica, que, en teoría al menos, profesaba las costumbres simples de la antigua raza italiana y desdeñaba las innovaciones y modas extranjeras. Por lo mismo, las personas pertenecientes á esta clase comenzaron pronto á encariñarse con la observación de los preceptos estoicos de vida arreglada á la naturaleza; cariño tanto más lisonjero, y podría añadirse, tanto más noble, cuanto que contrastaba con el desarreglo introducido en la ciudad imperial por el saqueo del mundo y por el ejemplo de las razas más entregadas al lujo. A la cabeza de los discípulos de la nueva escuela griega figuraban, lo sabríamos sin necesidad de la historia, los jurisconsultos romanos. Está demostrado que, de las dos únicas profesiones del tiempo de la república, los militares pertenecían al partido del movimiento y los jurisconsultos iban en todas partes á la cabeza del partido de resistencia.

La alianza de los jurisconsultos con los filósofos estoicos

duró algunos siglos. Entre los jurisconsultos afamados, algunos de los primeros pertenecieron al estoicismo; y, además de esto, la edad de oro de la jurisprudencia romana se fija de común acuerdo en el siglo de los Antoninos, que fueron los discípulos más famosos á quien esta filosofía proporcionó sus reglas de conducta. La larga difusión de estas doctrinas entre los hombres dedicados á una profesión tenía que afectar al arte que practicaban y sobre que ejercían influencia. Por eso muchas proposiciones que hallamos en los restos de la jurisprudencia romana serían apenas inteligibles si no se las interpretase por los preceptos estoicos; por más que hay que advertir también que es un error serio, aunque extendido, el de medir la influencia del estoicismo sobre el derecho romano contando el número de reglas legales que se pueden con seguridad relacionar con los dogmas estoicos. Se ha observado frecuentemente que la fuerza del estoicismo residía, no en sus reglas de conducta, que frecuentemente eran repulsivas ó ridículas, sino en el gran principio, un poco vago, de la resistencia á las pasiones. Así, la influencia que tuvieron sobre la jurisprudencia las teorías griegas, de las que fué el estoicismo la expresión más clara, consiste menos en el número de reglas introducidas en el derecho romano, que en el sentido fundamental que le dieron.

Cuando la palabra *naturaleza* llegó á ser habitual en boca de los romanos, los jurisconsultos acabaron por creer que el viejo *jus gentium* era en realidad el código perdido de la naturaleza, y que el pretor, basando la jurisprudencia de los edictos en los principios del *jus gentium*, restablecía un tipo de que el derecho no se había descartado sino para hacerse impuro. Esta creencia hizo nacer pronto la opinión de que el pretor debía colocar el edicto todo lo posible por encima del derecho civil, para hacer revivir en lo posible las instituciones con las cuales la naturaleza había dirigido al hombre de los primeros tiempos. Los obstáculos que se oponían á este medio de perfeccionamiento eran numerosos. Por un lado, los prejuicios levantados entre los jurisconsultos mismos; por otro, la excesiva tenacidad de las costumbres romanas para ceder inmediatamente bajo una teoría filosófica. Los métodos indirectos por los cuales el edicto combatió ciertas anomalías jurídicas, prueban la

la precaución conque debieron de obrar sus autores; y, hasta la época de Justiniano, una parte del antiguo derecho aún resistía obstinadamente.

De todos modos, los progresos de los romanos en cuanto á la mejora del derecho crecieron rápidamente desde que fueron estimulados por la teoría del derecho natural. Las ideas de simplificación y de generalización habían sido siempre compañeras de la idea de naturaleza; por lo tanto, se pensó en la simplicidad, en la simetría y en la claridad como los caracteres de un buen sistema de derecho; y el gusto al lenguaje embrollado, á las dificultades inútiles y á las formalidades numerosas desapareció poco á poco. La voluntad fuerte de Justiniano y las circunstancias extraordinarias en que se halló, fueron necesarios para dar al derecho romano su forma actual; pero las bases del edificio se habían puesto mucho antes de las reformas imperiales.

¿Cuál es exactamente el punto de contacto entre el antiguo *jus gentium* y el derecho de la naturaleza? Yo creo que ambos se tocan y se unen en la *equidad* de sentido primitivo; y aquí es donde vemos aparecer por vez primera en la jurisprudencia este famoso término, la equidad. Para estudiar una expresión cuyo origen está tan lejos y cuya historia es tan larga, prudente es penetrar, si se puede, hasta en la figura ó metáfora que expresó desde luego esta idea.

Se ha supuesto generalmente que la palabra *equidad* equivalía á la palabra griega *isotes*, es decir, el principio de una distribución igual ó proporcional. La división igual de los números ó de las grandezas físicas se une sin disputa á nuestras concepciones de la justicia; pocas asociaciones de ideas que resistan tan obstinadamente como ésta en el entendimiento y de que los pensadores más profundos sientan tanta pena en desprenderse. Sin embargo, buscando la historia de ella, no parece que se presentó desde luégo en la inteligencia de los hombres; ha nacido más bien de una filosofía relativamente reciente. Hay que notar que la igualdad de derecho de que se envanecían las democracias griegas, aquella igualdad que, en el bello canto de Calistrato, dicen Harmodio y Aristogiton haber dado á Atenas, no tiene casi nada común con la equidad de los romanos. La primera consiste en una administración del derecho civil igual entre los ciudadanos, por limitada que fuese la clase de los mismos; la segunda implica la aplicación de un derecho, que no era el derecho civil, á una clase que no se componía necesariamente de ciudadanos. La primera excluía á los déspotas; la segunda comprendía hasta á los esclavos. En suma; hay que buscar en otra dirección el germen de la equidad romana.

La palabra latina *equus* lleva en sí, más claramente que la griega *isos*, la idea de nivelación. Esta tendencia niveladora es justamente el carácter del *jus gentium* que más vivamente debió de impresionar á los primeros romanos. El derecho quiritario admitía una multitud de distinciones arbitrarias entre las diversas clases de hombres y las diferentes especies de propiedad; el *jus gentium*, sacado de la generalización de diversas costumbres, olvidó las distinciones quiritarias. El viejo derecho romano, por ejemplo, establecía una diferencia fundamental entre el parentesco de los agnados y de los cognados; es decir, entre la familia considerada como sometida á una autoridad patriarcal común y la familia considerada, al igual de hoy, como un grupo unido por el solo hecho de la descendencia común. Pues bien; esta distinción queda suprimida en el derecho común á todas las naciones; lo mismo que la distinción entre las antiguas formas de propiedad de las cosas *mancipi* y de las *nec mancipi*. Por lo mismo, yo creo que este olvido de límites y demarcaciones es el rasgo del *jus gentium* conocido con el nombre de equidad. Imagino que esta palabra designó simplemente en su origen el *nivelamiento* constante, la supresión de las irregularidades á que se tendía donde quiera que el sistema pretoriano era aplicado á las cuestiones entre extranjeros. Probablemente, por otra parte, la palabra no tenía sentido moral alguno, y hasta hay razón para creer que indicaba cosas extremadamente desagradables para los primitivos romanos.

Por otra parte, el rasgo del *jus gentium* que la palabra equidad presentaba al entendimiento de un romano, era el primero y el más señalado carácter de lo que se suponía ser el estado de naturaleza. Naturaleza implicaba orden simétrico, primero en el mundo físico, más tarde en el mundo moral; y en la primera noción de orden entraban, sin duda, líneas derechas, superficies planas y distancias limitadas. La misma especie de cuadro ó de figura se presentaba na-

turalmente al entendimiento cuando trabajaba por explicarse el estado de naturaleza y cuando examinaba la administración del derecho común á todas las naciones; y todo lo que sabemos de las ideas antiguas nos induce á creer que esta semejanza ideal contribuyó mucho á la formación de una creencia en la identidad de ambas concepciones.

Pero mientras que el *jus gentium* tenía poco crédito en Roma, la teoría del derecho de la naturaleza vino rodeada de todo el prestigio de la autoridad filosófica, asociando su idea con la de una condición más antigua y mejor del género humano. Fácil es comprender que la diferencia del punto de vista había de afectar á la pureza de un término que expresaba á la vez la acción de los antiguos principios y los resultados de una teoría nueva. Yo estoy persuadido de que, cuando la palabra equidad fué comprendida como perteneciente á una teoría griega, todas las asociaciones de ideas unidas á la concepción del *isotes* comenzaron á unirse con ella. El lenguaje de Cicerón hace pensar con más probabilidades que sucedió así, y este fué el primer cambio del concepto de equidad, que han sostenido más ó menos casi todas las teorías morales explicadas desde entonces.

Es necesario decir algo del procedimiento por el que se introdujeron gradualmente en el derecho romano las distinciones y los principios, asociadas primero con el derecho común á todas las naciones, y más tarde con el derecho de la naturaleza. En la crisis de la historia romana señalada por la expulsión de los Tarquinos, sobrevino un cambio parecido á los que se encuentra en los anales primitivos de algunos Estados de la antigüedad, y que tenían poco de común con los sucesos políticos que hoy llamamos revoluciones. Para expresarlo con propiedad, se puede decir que la realeza se convirtió en comisión. Los poderes, colocados con anterioridad en manos de una sola persona, quedaron entonces divididos entre varios funcionarios electivos, aunque conservándose el nombre de la realeza y atribuyéndole á un personaje, conocido después con el nombre de *rex sacrorum* ó *rex sacrificulus*. En este cambio, las funciones judiciales superiores fueron atribuidas al pretor, el primer funcionario de la república en dicha época, y á esas funciones él unió la supremacía indefinida sobre el derecho y la legislación,

que había pertenecido á los antiguos soberanos y que corresponde claramente á la autoridad patriarcal de la edad heroica, de que ellos habían estado investidos en otro tiempo.

La situación de Roma daba una gran importancia á la parte indefinida de las funciones del pretor; porque con el establecimiento de la República comenzó la serie de dificultades que agitaron el Estado, empeñado en relaciones con multitud de personas que, no siendo romanos legalmente, se hallaban sin embargo colocados de un modo permanente bajo la jurisdicción romana. Las cuestiones de estas personas, entre ellas ó entre ellas y los ciudadanos de Roma, hubieran quedado fuera del dominio del derecho romano si el pretor no hubiera tomado el partido de decidirlas; y aquel funcionario debió de encontrar pronto los casos más difíciles que un comercio extenso hacía nacer entre romanos y extranjeros. El gran crecimiento de estas cuestiones, sometidas á la justicia romana hacia el comienzo de la primera guerra púnica, se señala por el nombramiento de un pretor especial, conocido con el nombre de *prætor peregrinus*, encargado de ocuparse exclusivamente en eso.

Sin embargo, una de las precauciones que los romanos habían tomado contra la vuelta á la opresión, consistía en obligar á todo magistrado cuyas atribuciones admitían extensión á publicar, al entrar en funciones, un edicto-proclama en que declarase de qué manera pensaba conducir su administración. El pretor estaba, pues, como los demás magistrados, sometido á esta regla; sólo que, como era necesariamente imposible redactar todos los años un sistema particular de principios, se limitaba á publicar el edicto de su predecesor con los cambios y adiciones que las exigencias del tiempo ó sus opiniones jurídicas le obligaban á introducir. La proclama del pretor, así prorrogada de año en año, tomó el nombre de *edicto perpetuo*, es decir, continuo ó no interrumpido.

La largura enorme que llegó á tener, y quizá el disgusto por el desorden que se iba introduciendo, hicieron que, durante la magistratura de Salvio Juliano, que en tiempo de Adriano fué pretor, desapareciera la costumbre de las adiciones anuales. El edicto de aquél comprendió, en su virtud, el cuerpo entero de la jurisprudencia de equidad,

que él dispuso probablemente en un orden nuevo y simétrico; y hé aquí por qué el edicto perpetuo es conocido en derecho romano con el nombre de edicto de Juliano.

Acaso la primera cuestión que se presenta á un inglés está en saber, por lo que hace al edicto perpetuo, cómo eran limitados los amplios poderes del pretor: ¿Cómo una autoridad tan poco definida podía existir en una sociedad que disfrutaba de un derecho estable? A esto puede responderse con una observación cuidadosa de las condiciones en que nuestro derecho es aplicado en Inglaterra. El pretor, no hay que olvidarlo, era un jurisconsulto, ó tenía asesores jurisconsultos, y probablemente todos los juristas romanos aspiraban con impaciencia á desempeñar ó dirigir la gran magistratura judicial. Durante este tiempo, sus gustos, sus sentimientos, sus prejuicios y sus luces eran, pues, inevitablemente los de los hombres de su profesión; y las cualidades que acababa por llevar naturalmente á sus funciones eran las adquiridas en la práctica y el estudio de la profesión misma. Un canciller de Inglaterra sufre precisamente igual preparación y lleva las mismas cualidades á su puesto. Hay la diferencia de que cuando entra en funciones, se sabe solamente que modificará más ó menos el derecho antes de salir; pero hasta que haya dejado el puesto y hasta que la serie de sus decisiones haya sido publicada en los repertorios de jurisprudencia, no podemos descubrir en qué punto ha aclarado ó modificado los principios de sus antecesores. La influencia del pretor sobre la jurisprudencia romana no duraba más que el periodo de tiempo que duraban sus funciones. Como ya hemos dicho, éstas eran sólo por un año, y las decisiones dadas en este tiempo, definitivas sólo para los litigantes, no tenían valor después. Por lo tanto, el momento más natural para declarar los cambios que proyectaba, era el de su ingreso; y, así, al tomar posesión, hacía abierta y formalmente lo que el canciller inglés hace insensiblemente y á veces sin pensar.

Los límites á la libertad aparente del pretor son precisamente los que sujetan también al juez inglés. En teoría, parece que ni los poderes del uno ni los del otro tienen límite: pero, en la práctica, el pretor romano, como sucede al canciller de Inglaterra, estaba sujeto dentro de los límites marcados por las ideas y por los sentimientos que había recibido en la educación y por la fuerza de la opinión profesional, fuerza que sólo pueden apreciar bien los que la han experimentado por sí mismos. Puede añadirse que los límites en que se permitía el movimiento y de los que no era posible salir, estaban tan determinados en aquél caso como lo están en éste. En Inglaterra el juez sigue, por el sistema de las analogías, las sentencias dictadas ya en casos particulares. En Roma, al principio, como la intervención del pretor tuvo por objeto probablemente la segurdad del Estado, debió de hallarse á la altura de las dificultades que había que allanar. Más tarde, cuando el gusto por los principios había sido extendido con los dictámenes (*responsa*), el pretor se servía del edicto como de un medio de extender la aplicación de los principios fundamentales que él y los jurisconsultos de su tiempo creían haber hallado en el derecho. Más tarde todavía, el pretor obraba completamente bajo la influencia de las teorías filosóficas griegas, que le obligaban á ir hacia adelante y le enseñaban al mismo tiempo el camino que debía seguir.

Se ha discutido mucho sobre la naturaleza de las medidas atribuidas á Salvio Juliano. Cualesquiera que fuesen, sus efectos sobre el edicto están bastante claros, reducidos á no extenderse más por adiciones anuales. A partir de esta época, la jurisprudencia de equidad se desarrolló por los trabajos de la serie de grandes jurisconsultos que escribieron entre el reinado de Adriano y el de Alejandro Severo. Un fragmento del asombroso sistema por ellos construido, el Digesto de Justiniano, subsiste todavía, y nos prueba que sus obras tenían la forma de tratados sobre todas las partes del derecho, y principalmente comentarios al edicto.

En realidad, cualquiera que sea el objeto inmediato en que se ocupara uno de aquellos jurisconsultos, se puede decir que siempre exponían los principios de la equidad. Los principios del edicto habían penetrado en todas las partes del derecho romano antes de la época en que el edicto se hizo definitivo. Es necesario recordar que, en Roma, hasta cuando la equidad era muy distinta del derecho civil, siempre la administraron los mismos tribunales. El pretor era el principal juez de equidad y de derecho común: en cuanto el edicto desarrollaba una regla de equidad, el pretor comenzaba á

aplicarla en sustitución ó al lado de la antigua regla del derecho civil, que quedaba así abrogada directa ó indirectamente sin disposición alguna expresa legislativa.

Sin embargo, la equidad y el derecho común estuvieron bien lejos de confundirse hasta la época en que fueron reunidos por las reformas de Justiniano. La separación práctica de los dos elementos de la jurisprudencia entrañaba alguna confusión y algunos inconvenientes; y ciertas doctrinas del derecho civil resistieron de tal manera, que ni los autores ni los expositores del edicto las tocaron. A pesar de todo, no quedó rincón del campo de la jurisprudencia que no sufriese influencia, mayor ó menor, de la equidad. De ella sacó el jurista todos sus materiales de generalización, todos sus métodos de interpretación, todos sus medios de aclarar los primeros principios y toda la gran masa de reglas limitativas de que el legislador rara vez se ocupa, pero que ejercen tan considerable influjo en la aplicación de los actos legislativos.

El periodo de los jurisconsultos acabó con Alejandro Severo. Desde Adriano hasta él, el derecho se perfeccionó, como hoy sucede en varios paises de Europa, por comentarios autorizados y por actos legislativos. Pero bajo el reinado de Alejandro Severo la facultad de crecimiento de la equidad romana parece que se agotó, y la sucesión de los jurisconsultos acabó allí. El resto de la historia del derecho romano es sólo la historia de las constituciones imperiales y de las tentativas hechas para codificar el cuerpo de la jurisprudencia: el *Corpus juris* de Justiniano es la última y la más célebre de estas tentativas.

Sería fatigoso entrar en una comparación detallada de la equidad en Inglaterra y en Roma, pero conviene mencionar dos rasgos que presenta en uno y en otro país. Primeramente, en Roma como en Inglaterra, la jurisprudencia de equidad tiende, y llega siempre, á un estado parecido al del antiguo derecho consuetudinario cuando la equidad comenzó á modificarle. Cuando llega una época en que los principios morales adoptados han dado de sí todas sus consecuencias legítimas, el sistema fundado sobre ellos se hace tan rígido, tan poco susceptible de desarrollo y tan expuesto á quedar por detrás de los progresos de las costumbres,

como el Código más severo de reglas legales. Esta época llegó en Roma bajo el reinado de Alejandro Severo; después del cual, aunque el mundo romano sufrió una revolución moral, la equidad dejó de desarrollarse.

La entrada de lord Eldon en el puesto de canciller, marca en la historia del derecho inglés una época parecida. Este canciller fué el primero entre los jueces de equidad que, en lugar de extender la jurisprudencia de su tribunal por una legislación indirecta, se dedicó toda su vida á aclararla y á poner en armonía sus diversas partes. Si la filosofía de la historia del derecho fuese mejor comprendida en Inglaterra, los servicios de lord Eldon serian menos exajerados por unos y mejor apreciados por otros que lo que son entre los legistas de nuestro tiempo; y así se evitarían ciertos errores que afectan consecuencias prácticas. Los legistas ingleses ven fácilmente que su jurisprudencia de equidad está fundada en reglas morales; pero olvidan que estas reglas son las de la moral de otros siglos anteriores, que han recibido casi todas las aplicaciones de que son capaces, y que, aunque no difieran mucho de las creencias morales de estos tiempos, no están al nivel de las mismas.

Las teorías imperfectas que reinan en este asunto, dan lugar á dos clases de errores. Unos autores de tratados de equidad, impresionados de lo completo que es el sistema en su estado actual, admiten implícita ó explícitamente que los fundadores de la jurisprudencia de la Cancillería previeron, al sentar sus primeras bases, que tomaria la forma fija que hoy tienen; otros se lamentan, lamentos muchas veces llevados á los informes del foro, de que las reglas morales aplicadas por el tribunal de la Cancillería no están al nivel de la moral de nuestro tiempo, y quieren que cada canciller haga con la jurisprudencia de su tiempo lo mismo que han hecho con el derecho común los padres de nuestra jurisprudencia de equidad. Esto sería variar el orden en que se efectúa el perfeccionamiento del derecho, dado que la equidad tiene su lugar y su tiempo; y, como queda indicado, hay otro medio que la reemplaza cuando se agota su energía.

Otro carácter notable de la equidad, en Roma y en Inglaterra, es el error sobre que reposan las pretensiones al predominio de la regla de equidad sobre la regla de de-

recho. Nada más desagradable para los hombres, individual ó colectivamente, que reconocer los progresos de su moral. En los individuos, esta repugnancia se encuentra en el exagerado respeto que se tiene á la dudosa virtud de la consecuencia en las opiniones. El movimiento de la opinión colectiva de toda una sociedad es demasiado palpable y visible para ser desconocido y negado, pero se repugna siempre mucho aceptarlo como fenómeno directo y se explica habitualmente por la vuelta á un estado de perfección anterior que se había perdido.

Esta tendencia á mirar hacia atrás, en vez de mirar hacia adelante, para hallar el sentido del progreso moral, ha producido en otros tiempos, como hemos visto, efectos serios y permanentes sobre la jurisprudencia romana. Aquellos jurisconsultos, queriendo justificar la mejora introducida por el pretor, sacaron de Grecia la doctrina del estado natural del hombre, de una sociedad natural anterior á la organización de repúblicas gobernadas por leyes positivas. Asimismo en Inglaterra, merced á un orden de ideas muy queridas de los ingleses de la época, se explicaba el carácter superior de la equidad por el derecho general y supremo atribuido al Rey, en virtud de su autoridad paternal, sobre la administración de justicia. La misma idea, de un modo más extraño, se expresa en forma diferente en la vieja doctrina de que la equidad emana de la conciencia del Rey, atribuyendo así á una elevación nativa del sentido moral del Rey progresos que en realidad se verificaron en los sentimientos morales de la sociedad entera.

La formación de la Constitución inglesa hizo insostenible esta teoría al cabo de cierto tiempo; pero como, en esta época, la jurisdicción de la Cancillería estaba establecida sólidamente, no se pensó en su reemplazo expreso. Las teorías que se hallan después en los manuales modernos de jurisprudencia de equidad son muchas, pero todas igualmente insostenibles. La mayor parte de ellas están reducidas á modificaciones de la doctrina romana del derecho natural; que es la adoptada por todos los escritores, que comienzan á hablar de la jurisprudencia del tribunal de Cancillería estableciendo distinciones entre la justicia natural y la justicia civil.

CAPÍTULO IV

Historia del derecho natural moderno

Se deducirá de lo dicho hasta aquí que la teoría que dió origen á la transformación del derecho romano no tiene precisión alguna filosófica. Era una de esas formas mixtas del pensamiento que en la infancia de los pueblos han caracterizado á todos los hombres, salvo las inteligencias muy elevadas, y que existen todavía hasta en los trabajos intelectuales de nuestro tiempo.

El derecho natural confundía el pasado y el presente. Lógicamente suponía un estado de naturaleza primitivo que había sido regido por el derecho natural, y sin embargo, los jurisconsultos no hablaban claramente ni con confianza de tal estado, que tampoco casi mencionaban los antiguos, sino bajo la forma poética de la edad de oro. Por lo tanto, el derecho natural pertenecía al presente para todo lo que era práctico, y estaba unido á lo existente de modo que pudiera distinguirlo cualquier observador ilustrado. Por otra parte, lo que distinguía las leyes naturales de los elementos groseros á que estaban unidas, era la simplicidad y la armonía; sin embargo de lo cual, si se respetaron en su origen, no fué por eso, sino porque pertenecían al tiempo en que reinaba la naturaleza.

Estas confusiones no han sido bien aclaradas por los discípulos modernos de los jurisconsultos; por el contrario, las especulaciones modernas sobre el derecho natural descubren ideas aún menos claras y se rodean de más ambigüedades de lenguaje que las que pueden imputarse justamente á los legistas romanos. Algunos escritores han tratado de eludir la dificultad fundamental, sosteniendo que el Código de la naturaleza existe en el porvenir y es el fin á que todo el progreso del derecho civil tiende; pero esta aserción es contraria á la antigua teoría, ó más bien es mezcla de dos teorías contradictorias. La tendencia á buscar tipos de perfección en el porvenir, y no en el presente, la introdujo

en el mundo el Cristianismo por vez primera. La literatura antigua contiene pocas expresiones ó ninguna relativas á la creencia en un progreso de la sociedad hacia algo mejor.

Pero la importancia de esta teoría para el género humano ha sido mucho más grande que pudiera hacerlo suponer su debilidad filosófica; tanto que es difícil decir qué rumbo hubieran tomado las ideas, y por consecuencia la historia de la humanidad, si la creencia en el derecho natural no se hubiera universalizado en el mundo antiguo.

Hay dos peligros á que el derecho, y por lo tanto la sociedad, están expuestos en su infancia. El primero es el de que el derecho se desarrolle muy rápidamente. Esto sucedió á las repúblicas griegas más progresivas, que se desembarazaron con asombrosa facilidad de las formas procesales embrionarias y de los términos técnicos inútiles, y dejaron pronto de atribuir un valor supersticioso á las reglas y prescripciones rígidas. De aquí puede nacer una considerable ventaja para los ciudadanos; pero en definitiva el género humano no obtiene utilidad. Una de las cualidades más raras en el carácter de las naciones es la capacidad para aplicar y desarrollar el derecho, como derecho, aun en condiciones contrarias á la justicia abstracta, sin dejar por eso de desear y esperar que el derecho vaya acomodándose á un ideal más elevado.

La inteligencia griega, con su movilidad y su elasticidad, era incapaz de encerrarse en el estrecho ropaje de una fórmula legal; y, á juzgar por los tribunales populares de Atenas, que conocemos exactamente, los de Grecia tendían fuertemente á confundir el hecho y el derecho. Lo que nos resta de los oradores y de los lugares comunes de elocuencia judicial conservados por Aristóteles en su Retórica, demuestra que las cuestiones de derecho puro eran discutidas constantemente por todos los medios que podían influir en el ánimo de los jueces.

Así no podía producirse un sistema permanente de jurisprudencia. Un pueblo que no dudaba jamás en modificar las reglas del derecho escrito cuando en un caso particular resultaban contrarias á un ideal perfecto, no podía, si legaba á la posteridad un cuerpo de principios jurídicos, legarle otra cosa que una colección de ideas de lo justo y de lo injusto, tal como reinaban en la época. Semejante jurisprudencia no tenía base sólida sobre la cual pudieran afirmarse las ideas más avanzadas de los siglos posteriores. Cuando más, sería una filosofía, con todas las imperfecciones de la civilización á que había servido.

Este peligro de madurez precoz y de destrucción prematura ha amenazado á pocas naciones, y es dudoso que los romanos corrieran ese riesgo; pero, de todos modos, su teoría del derecho natural les protegió suficientemente. Porque el derecho natural de los jurisconsultos era á sus ojos un sistema que había de absorber gradualmente las leyes civiles; pero no que las destruyera antes de estar abrogadas. En el público tampoco se consideraba el derecho natural tan sagrado que pudiera apelarse á él para influir en el espíritu del juez encargado de entender en un pleito particular. El valor y utilidad de aquel derecho estaban sólo en presentar al espíritu un tipo perfecto y en inspirar la esperanza de aproximarse á él indefinidamente; pero no tentaban al práctico ni al ciudadano á negar su fuerza á las leyes existentes contrarias á la teoría.

Importa observar que este tipo de derecho, poco parecido á los que después han defraudado las esperanzas de los hombres, no era enteramente un producto de la imaginación. Jamás se pensó que se fundaba en principios no demostrados; se pensó que era la base del derecho existente y que vivía bajo las formas de este derecho. Así, las funciones del derecho natural eran reformar y suplir, no hacer revolución con anarquía; en cuyo sentido, la concepción moderna del derecho natural ha dejado desgraciadamente con frecuencia de parecerse á la antigua.

El otro peligro á que la infancia de las sociedades está expuesta ha impedido ó detenido el progreso de la mayor parte del género humano. La rigidez del derecho primitivo, derivada principalmente de su asociación é identidad con la religión, ha encadenado los hombres á las opiniones que sobre la dirección de la vida reinaban en la época en que sus costumbres tomaron por primera vez una forma sistemática. Una ó dos razas han escapado casi milagrosamente de esta calamidad y han proporcionado semilla que fecundar á las modernas sociedades; pero en la mayor parte del mundo

se considera todavía la perfección del derecho como dependiente del exacto seguimiento del plan trazado por el legislador primitivo. Si interviene la inteligencia en estos casos, es sólo para envanecerse de la perversidad sutil con que pueden deducirse conclusiones de los antiguos textos, sin salirse de su letra.

Yo no hallo razón para que el derecho romano hubiera sido superior al de los indios, si la teoría del derecho natural no le hubiese dado un tipo de perfección distinto del de costumbre. En este caso excepcional, la simplicidad y la simetría quedaron como caracteres de un derecho ideal perfecto, á los ojos de una sociedad llamada por otras causas á poderosa influencia sobre el género humano.

Es imposible exajerar la importancia que para un pueblo, como para una profesión, tiene la existencia de un fin distinto del progreso. El secreto de la inmensa influencia de Bentham en Inglaterra en el presente siglo, consiste en haber puesto ese fin ante los ojos del pueblo, dándonos una regla clara de reforma. Los juristas ingleses del siglo anterior eran quizá demasiado sabios para creer en el paradójico lugar común de que «el derecho inglés era la perfección de la razón humana;» pero obraban como si lo hubieran creido, por falta de otra regla de conducta. Bentham, en cambio, vino á asignar el bien público como fin de la legislación, y abrió así al espíritu de reforma una salida, que tanto tiempo hacía que buscaba.

Si nosotros llamáramos «antiguo Benthamismo» al conjunto de proposiciones que acabamos de sentar, nuestra comparación no sería enteramente fantástica. La teoría romana dirigió los esfuerzos de los hombres por el mismo lado que la teoría del publicista inglés; los resultados prácticos de aquélla tampoco fueron muy diferentes de los que hubiera producido una secta de reformadores como Bentham, que buscaran constantemente el bien general de la comunidad.

Sería, sin embargo, un error suponer que la teoría del derecho natural era una anticipación *consciente* de la de Bentham. La felicidad del género humano está indicada sin duda alguna en la literatura corriente y en la literatura jurídica de los romanos como fin de las reformas legislativas; pero hay que notar bien que los testimonios en favor de este principio son débiles y escasos, al lado de los que invocan constantemente la supremacía del derecho de la naturaleza. No eran los sentimientos de filantropía los que animaban á los jurisconsultos romanos, sino su gusto por la sencillez y la armonía, ó como decían ellos, por la elegancia. Si sus trabajos coincidieron con lo que ha podido después aconsejar una filosofía precisa, nada ha pasado de ser una buena suerte del género humano.

Si consideramos al mismo tiempo la historia moderna del derecho natural, fácil nos es convencernos de la extensión de su influencia, aunque no nos lo sea decir con seguridad si ésta ha sido buena ó mala. Que las doctrinas y las instituciones que pueden atribuírsele son el tema de algunas de las controversias más violentas de nuestro tiempo, bien se ve recordando que el derecho natural es el origen de casi todas las ideas especiales que, sobre el derecho, la política y la sociedad, ha desparramado Francia por el mundo occidental durante los cien años últimos.

El papel de los jurisconsultos en la historia de Francia y la esfera de las concepciones jurídicas en el pensamiento de los franceses han sido siempre muy extensos. No es en Francia, sino en Italia, donde toda la ciencia jurídica de la Europa moderna ha tomado nacimiento, pero de todas las escuelas fundadas por los emisarios de las universidades italianas en todas las partes del continente, las mismas que en vano pretendieron establecer en Inglaterra, las de Francia fueron las que más considerable efecto produjeron en la marcha del país. Los legistas de Francia se aliaron estrechamente á los reyes de la casa de Capeto, y sus sentencias en pro de la prerrogativa real y sus interpretaciones de las reglas para la sucesión de los feudos (*fiefs*), contribuyeron tanto como la espada á formar de una aglomeración de provincias la monarquía francesa.

No se puede apreciar las enormes ventajas que la alianza de los legistas prestó á los reyes en sus luchas contra los grandes feudatarios, la aristocracia y la Iglesia, si no es por medio de las ideas que prevalecieron en la Edad media en Europa. En primer lugar existían un gusto marcado hacia la generalización y una admiración curiosa hacia todas las

proposiciones generales; por consecuencia, en el derecho se sentía un respeto involuntario á toda fórmula general que tratase de abarcar y resumir las distintas reglas observadas como costumbres en las diversas localidades. No era difícil á los prácticos, familiarizados con el *Corpus juris* y las glosas, proporcionar gran número de fórmulas de este género. Otra ventaja además para los legistas estaba en que por entonces se tenían ideas muy ligeras de la naturaleza y autoridad de los textos de derecho escrito, y bastaba siempre con decir *ita scripsum est*, para anular todas las objeciones. Un hombre de nuestros días examinaría con desconfianza la fórmula que se le citase, buscaría el texto y sostendría, si era necesario, que el cuerpo del derecho á que perteneciese no era superior en ningún concepto á las costumbres locales; pero el antiguo jurisconsulto lo más que osaba era poner en duda que la regla fuese aplicable, ó acabar citando alguna contradicción entre las Pandectas y el derecho canónico.

Es muy necesario este recuerdo de la incertidumbre que reinaba en lado tan importante de las controversias jurídicas, no sólo porque nos ayuda á comprender mejor cuánto inclinaron los legistas la balanza en favor de los reyes de Francia; sino porque explica también muchos problemas históricos curiosos. Así se comprende mejor los motivos que impulsaron al autor de las falsas Decretales y el éxito que obtuvo. Y para citar un fenómeno de menos interés, sirva el ejemplo de los plagios de Bracton. Que un escritor inglés del tiempo de Enrique III pudiera presentar á sus compatriotas, como compendio del derecho inglés puro, un tratado cuya forma y cuyo contenido casi estaban tomados directamente del *Corpus juris*, y que, por añadidura esto se hiciese en un país donde el estudio del derecho romano estaba prohibido, cosa es enigmática en la historia de la jurisprudencia; sin embargo, la sorpresa disminuye desde el momento en que consideramos el estado de la opinión en aquel tiempo acerca de la fuerza obligatoria de los textos escritos, independientemente de toda consideración sobre su origen.

Cuando los reyes de Francia terminaron favorablemente la larga lucha sostenida por la supremacía, época que

puede ser colocada poco más ó menos á la subida al trono de la familia de los Valois, la situación de los legistas franceses se hizo muy particular, y así duró hasta la Revolución. Por entonces ellos formaban la clase más instruida y casi la más poderosa de la nación. Habían llegado á establecerse como un orden privilegiado al lado de la aristocracia feudal, y habían también asegurado su influencia por una organización que les dividía en grandes grupos, investidos de inmensos poderes indefinidos y de pretensiones indefinidas más grandes aún. Como abogados, como jueces, como legisladores, eran muy superiores á sus compañeros de de los demás países de Europa. Su tacto jurídico, su facilidad de expresión, su sentido exquisito de la analogía y de la armonía, y, si se juzga por los más eminentes, su amor apasionado á la justicia, según ellos la comprendían, eran tan notables como la variedad de sus talentos, variedad que ocupaba el campo entero del derecho desde Cujas á Montesquieu y desde Dumoulin á D'Aguesseau.

Pero, por otra parte, el sistema de derecho que estaban encargados de aplicar contrastaba mucho con las costumbres cultivadas de su inteligencia. Francia, que habia sido constituída en gran parte por sus esfuerzos, estaba condenada al sistema de derecho más incoherente y más malo de todos los países de Europa. Por de pronto, estaba dividida en país de derecho escrito y país de derecho consuetudinario (*coutumier*), reconociendo los primeros como base de su jurisprudencia el derecho romano escrito, y no admitiéndole los segundos sino para apoyar en él reglas generales y razonamientos jurídicos conciliables con los usos locales. Además, cada una de estas ramas tenía otras subdivisiones. En los países del derecho consuetudinario, las costumbres variaban de una provincia á otra, de un distrito á otro, de un municipio á otro. En los de derecho escrito, la capa de reglas feudales puestas sobre el derecho romano era de la composición más abigarrada. En Inglaterra no ha existido nunca nada semejante. En Alemania hubo confusión también, pero estaba muy en armonía con las divisiones políticas para que pudiesen dolerse de ella.

Lo muy particular de Francia era aquella extraordinaria diversidad de leyes que continuaba sin alteración sensi-

ble, y que al mismo tiempo se reforzase el poder central de la monarquía, se marchase rápidamente á la unidad administrativa y el espíritu nacional se desarrollase en el país. Este contraste produjo serios resultados, y entre ellos el que tuvo sobre el espíritu de los legistas franceses. Sus opiniones especulativas y sus tendencias intelectuales estaban en oposición formal con sus intereses y costumbres profesionales; y por esto, reconociendo y sintiendo vivamente las ventajas de la sencillez y uniformidad de la jurisprudencia, ellos creían ó parece que creían que los vicios del derecho francés eran incorregibles, y se resistían en la práctica á la reforma con más obstinación que la mayor parte de los menos cultos de sus compatriotas.

Su entusiasmo por el derecho natural es un medio también para comprender estas contradiciones. El derecho natural franqueaba las fronteras provinciales y municipales; desdeñaba la distinción entre el noble y el burgués, y entre el burgués y el campesino; era sistemático, claro, sencillo; pero no obligaba á sus partidarios á reforma alguna determinada y no amenazaba directamente á ningun cargo venerable ó lucrativo. Puede decirse que el derecho natural se había hecho derecho común para Francia, ó al menos que todos los prácticos franceses reconocían su dignidad y su autoridad. Los jurisconsultos de antes de la Revolución le elogian sin medida, y es notable que los comentaristas de las costumbres (*coutumes*), que se creían frecuentemente obligados á desacreditar el derecho romano puro, hablan con más entusiasmo de la naturaleza y de sus leyes que los romanistas que profesaban un respecto exclusivo al Código ó al Digesto. Dumoulin, el autor más eminente que escribió sobre el antiguo derecho consuetudinario de Francia, escribió algunos párrafos extravagantes sobre el derecho natural, elogiándole con una retórica bastante lejana del mesurado lenguaje de los jurisconsultos. La hipótesis de un derecho natural había llegado á ser, no una teoría destinada á auxiliar á los prácticos, sino un artículo de fe especulativa; y por consecuencia vamos á ver cómo, en sus transformaciones más recientes, los lados débiles se han elevado al nivel de los fuertes en el aprecio de sus partidarios.

En la mitad del siglo XVIII la historia del derecho natural pasó por su periodo más crítico. Si la discusión de esta teoría y de sus consecuencias no acierta entonces á salir del círculo de los jurisconsultos, el *Espíritu de las leyes* hubiese hecho perderla el respeto que había alcanzado. Aunque algunas exageraciones demostraban la violencia del autor contra aserciones admitidas sin examen; aunque las ambigüedades de lenguaje daban á entender el deseo de no chocar mucho con los prejuicios existentes, el libro de Montesquieu, como todos sus defectos, procedía del método histórico, que no ha aceptado ni un solo instante la teoría del derecho natural. Su influencia, por lo tanto, sobre las ideas de la época pudo llegar á ser tanta como su popularidad; pero no tuvo tiempo de desarrollarse porque la hipótesis que trataba de destruir pasó de repente de los tribunales á la calle y vino á ser el punto de apoyo de las controversias más animadas que se han suscitado jamás en tribunales y escuelas.

Tocó echar por nuevos rumbos la teoría á un hombre que, sin instrucción, sin carácter y con pocas virtudes, dejó, sin embargo, en la historia señal indeleble, gracias á una imaginación viva y á un amor sincero á la humanidad, por el que será necesario perdonarle siempre. Nosotros no hemos visto en nuestro tiempo, ni el mundo ha visto más que una ó dos veces en todo el transcurso de la historia, trabajos literarios que tan prodigiosa influencia hayan tenido sobre los hombres de todos los caracteres y todos los matices intelectuales, como los publicados por Rousseau de 1749 á 1762. Esta fué la primera tentativa para reconstruir el edificio de la creencia humana, después de los trabajos de demolición empezados por Bayle y Locke y concluidos por Voltaire; y, además de la superioridad que toda tentativa de construcción tiene siempre sobre las obras puramente destructivas, los trabajos de Rousseau tuvieron la inmensa ventaja de aparecer en el tiempo en que todos ó casi todos dudaban ya de la exactitud de la ciencia del pasado en materia especulativa.

En todas las especulaciones de Rousseau, el personaje tipo, sea firmando el contrato social, según la teoría inglesa, sea apareciendo desnudo y desprovisto de cualidades

históricas, es constantemente el hombre en el estado supuesto de naturaleza. Toda ley, toda institución que no convenga con este sér imaginario y con estas condiciones ideales, debe ser condenado como una degeneración del origen perfecto; toda transformación que haga acercar la sociedad al mundo en que reinaba el hijo de la naturaleza, debe ser realizada á toda costa. Queda así todavía la teoría romana, en cuanto, en el fantasmagórico estado de naturaleza, sólo acierta el entendimiento á distinguir la simplicidad y la armonía que tanto encantaban á los jurisconsultos; pero puede decirse, sin embargo, que se ha vuelto lo de abajo arriba.

Ya no es la ley natural, es el estado de la naturaleza el que ha venido á ser objeto de la contemplación. Los romanos comprendían que, estudiando con cuidado las instituciones existentes, se podía hallar en ellas algunas partes que llevasen, ó pudieran llevar por medio de reformas, el sello de aquél régimen de la naturaleza, cuya existencia afirmaban tímidamente. Rousseau creía que se podía sacar un orden social perfecto del estudio del estado de naturaleza, y que ese orden no tenía nada de común con la condición actual del mundo, ni se le parecía en nada. La gran diferencia entre ambos puntos de vista es que el uno condena amarga y completamente el presente, porque no se asemeja á un pasado ideal; mientras que el otro, considerando el presente tan necesario como el pasado, no aparenta censurarle ni desdeñarle.

No vale la pena de analizar con detalles esta filosofía de la política, del arte, de la educación, de la moral y de las relaciones sociales, elevada sobre la base del estado de naturaleza. Tiene todavía una fascinación singular para los que piensan ligeramente en todos los países, y su influencia más ó menos directa ha engendrado casi todos los prejuicios con que tropieza el método histórico; pero su descrédito para las más elevadas inteligencias de nuestro tiempo es lo bastante profundo para preocupar á cuantos conocen la extraordinaria vitalidad de todos los errores especulativos.

La cuestión que hoy quizá se presenta más frecuentemente es la de saber, no el valor de las opiniones de Rousseau, sino las causas que le dieron hace cien años tan señalada preeminencia. La respuesta á esto es fácil. El estudio que, en el último siglo, pudo corregir mejor los errores en que expone á caer el conocimiento de las antigüedades romanas, era la religión. Pero la religión de los griegos, tal como entonces se comprendía, era puramente mitológica. Las orientales, apenas mencionadas, parecían perdidas en vagas cosmogonías. Un solo cuerpo de tradiciones primitivas valía la pena de ser estudiado, la historia de los antiguos judíos; pero los prejuicios de la época impedían este estudio.

Uno de los pocos caracteres comunes á la escuela de Rousseau y á la de Voltaire, es el menosprecio absoluto de todas las antigüedades religiosas, y sobre todo de las hebreas. Era punto de honor bien conocido por los pensadores de la época, no solamente negar la inspiración divina de las instituciones que llevan el nombre de Moisés y creer que habían sido codificadas en época posterior á la que se dice, sino afirmar que esas instituciones y el Pentateuco entero eran una falsedad ejecutada depués de la vuelta del cautiverio. Tratando de escapar á lo que ellos consideraban como la superstición de los sacerdotes, los filósofos franceses, privados así de un gran preservativo contra las ilusiones especulativas, se arrojaron de lleno en la superstición de los legistas.

Si la filosofía fundada sobre la hipótesis del estado de naturaleza ha caido en descrédito ante la opinión en sus formas más palpables y más toscas, no ha perdido, sin embargo, por lo que hace á sus trabajos más delicados, la popularidad, el prestigio y el mérito. Creemos que, como queda indicado, es aún el gran antagonista del método histórico; y, aparte de toda objeción religiosa, cada vez que se ve á alguien resistir á este método ó desdeñarle, se nota en él la influencia de prejuicios relacionados con la creencia, consciente ó inconsciente, en un estado natural, no histórico, de la sociedad ó de los individuos. Pero no ha perdido su influencia.

Por supuesto, las doctrinas del estado de naturaleza y del derecho natural han conservado su energía principalmente cuando se han aliado á tendencias políticas ó socia-

les. Estas tendencias han sido unas veces estimuladas y otras veces creadas por dichas doctrinas, que les han dado á casi todas expresión y forma: además las doctrinas indicadas forman parte visible de las ideas que Francia esparce constantemente por el mundo civilizado, y llegan á entrar así en el cuerpo de pensamientos que modifican la civilización.

El valor de la influencia que estas doctrinas ejercen sobre los destinos del género humano es uno de los puntos más discutidos de nuestro siglo, y no entra en nuestro objeto estudiarlo. Pero, remontándonos á la época en que la teoría del estado de naturaleza obtuvo su máximum de influencia política, es evidente que contribuyó de un modo considerable á producir los grandes errores que tan numerosos fueron en la primera revolución francesa. Ella hizo nacer ó estimuló los malos hábitos intelectuales, casi universales en esta época: el desdén á la ley positiva, la impaciencia de la experiencia, y la predilección por los razonamientos *à priori*. Cuando esta filosofía se apodera de inteligencias que han pensado y observado poco, tiende á hacerse positivamente anárquica. Asombra ver en los *Sofismas anárquicos*, libro publicado por Dumont para Bentham, en el que éste expuso los errores positivamente franceses, el gran número de sofismas nacidos de la hipótesis romana en su forma francesa, y que, sin relacionarlos con la misma, serían ininteligibles. También es un ejercicio curioso é instructivo en cuanto á esto, consultar el *Monitor* de los principales periodos de la Revolución. Cuanto más difíciles se hacían los tiempos, más se invocaba la ley natural ó el estado de naturaleza.

Un ejemplo mostrará los efectos de la teoría del derecho natural en la sociedad moderna, y hará ver como están lejos de haberse agotado. No se puede negar que la doctrina de la igualdad fundamental de los hombres viene de la hipótesis del derecho natural. La proposición de que todos los hombres son iguales, es una de las que, después de haber sido jurídicas, se han hecho políticas.

Los jurisconsultos romanos de tiempo de los Antoninos decían: *omnes homines naturâ æquales sunt*, pero á sus ojos esto era un axioma puramente jurídico; quería decir que, en el derecho natural hipotético y en lo que la ley positiva pueda asemejársele, las distinciones arbitrarias que establecía el derecho civil romano entre las varias clases de personas, dejaban de tener existencia legal. Esta regla era de gran importancia para el práctico romano, al que hacía recordar que donde quiera que la jurisprudencia romana era juzgada conforme al derecho natural, no había diferencia ante los tribunales romanos, entre ciudadanos y extranjeros, libres y esclavos, agnados y cognados. Pero los jurisconsultos que así se expresaban no pretendían ciertamente censurar las diferencias sociales en que el derecho civil no presentaba siempre su tipo especulativo, ni es de pensar que creyesen que la sociedad humana debiera nunca ser regida por el orden de la naturaleza.

Cuando la doctrina de la igualdad de los hombres apareció bajo su forma moderna, aquellas mismas palabras tomaron evidentemente otro sentido. Donde el jurisconsulto romano había escrito *æquales sunt*, diciendo exactamente lo que quería decir: el romanista moderno escribió: «todos los hombres son iguales», queriendo decir: «todos los hombres deberían ser iguales.» O se ha perdido de vista ó no se ha comprendido la idea puramente romana de que el derecho natural coexistía con el derecho civil y absorbía gradualmente á éste; y las palabras que indicaban cuando más una teoría sobre el origen, composición y desarrollo de las instituciones humanas comenzaron á expresar un perjuicio considerable, aún existente, para la humanidad.

Desde el comienzo del siglo XIV, el lenguaje corriente sobre el estado primitivo de los hombres, aunque trató visiblemente de reproducir el de Ulpiano y sus contemporáneos, tomó una forma y un sentido diferentes. El preámbulo de la célebre ordenanza de Luis el Hutin, libertando los siervos de los dominios reales, hubiera parecido muy extraño á un romano: «Como, según el derecho de naturaleza, cada uno debe nacer libre, y como por otros usos y costumbres que, de muy antiguo introducidos, se han guardado hasta hoy en nuestro reino, acaso para daño de sus predecesores, muchas personas de nuestro pueblo común están en servidumbre y otras condiciones que nos desagradan mucho, Nos.....» Esto no es la enunciación de una regla

de derecho, es la proclamación de un dogma político; desde esta época los legistas franceses han hablado ya de la igualdad de los hombres como si ésta fuese una verdad política conservada en los archivos de su ciencia.

Como todas las demás deducciones sacadas de la hipótesis de un derecho natural, y como la creencia misma en la ley de la naturaleza, se la dejó pasar sin cuidarse de ella y se toleró su influencia sobre la opinión y la práctica hasta que pasó de manos de los legistas á las de los hombres de letras del siglo XVIII y á las del público que estaba á sus pies. La igualdad de los hombres vino á ser entonces como un artículo formal de su fe, y como un resúmen de la misma. Es probable, además, que la influencia de este dogma sobre los sucesos de 1789 no tocase sólo á su popularidad en Francia, puesto que también habia pasado á América en la mitad del siglo XVIII.

Los legistas americanos de esta época, particularmente los de Virginia, parece que poseyeron una ciencia diferente de la de sus contemporáneos ingleses, por los muchos artículos que contenía tomados de la literatura jurídica de Europa continental. Un vistazo sobre los escritos de Jefferson basta para demostrar cuánto habían afectado su inteligencia las opiniones semi-jurídicas, semi-populares, que estaban de moda en Francia; y, sin duda alguna, esta simpatía por las ideas particulares de los legistas franceses, le determinó, como á los juristas coloniales que dirigieron los sucesos de América, á unir la proposición francesa «los hombres nacen iguales» con la más familiar de los ingleses «todos los hombres nacen libres» en las primeras líneas de su declaración de independencia.

Este fragmento es de gran importancia en la historia de la doctrina que examinamos. Afirmando de este modo solemnemente los legistas americanos la igualdad fundamental de los hombres, dieron al movimiento político de su país, y en menor grado al de la Gran Bretaña, un impulso que está lejos de haber desaparecido; pero al mismo tiempo devolvieron á Francia, su país de origen, el dogma que ellos habían adoptado, dotado de una energía más grande y de títulos más poderosos al respeto y á la autoridad. Los políticos prudentes de la primera Asamblea constituyente

repitieron ellos mismos la proposición de Ulpiano como si fuese para los hombres una verdad de intuición; y, de todos los *principios* de 1789, no hay ninguno que haya sido menos combatido, que haya dividido más completamente la opinión moderna y que prometa modificar más profundamente la constitución de las sociedades y la política de los Estados.

El servicio más grande de la teoría del derecho natural ha sido el de haber dado nacimiento al derecho internacional y al derecho moderno de la guerra. No podemos dar respecto de esta parte de sus efectos sino algunas explicaciones poco proporcionadas á su importancia.

Entre los postulados que forman la base del derecho internacional, ó al menos, de la parte de ese derecho que conserva la forma dada por sus primitivos fundadores, hay dos ó tres de verdadera importancia. El primero de todos es el de que existe un derecho natural definible. Grocio y sus sucesores atribuyeron esa proposición á los romanos, aunque difieren mucho de ellos y aun difieren unos de otros sobre la manera de definirlo.

La ambición de casi todos los publicistas que han florecido desde el renacimiento de las letras, ha sido la de proporcionar definiciones nuevas y más sencillas de la naturaleza y del derecho natural; así resulta que esta concepción, al pasar por la larga serie de los que han escrito sobre el derecho público, se ha aumentado con la adición de fragmentos tomados de casi todas las teorías que han dominado alternativamente en las escuelas. Sin embargo, es una prueba notable del carácter esencialmente histórico de esta idea, el que después de tantos esfuerzos hechos para sacar de los caracteres del estado de naturaleza el Código del derecho natural, los únicos resultados de todo son los mismos que si los hombres se hubieran contentado desde luégo con aceptar los términos de los legistas romanos, sin discusión ni retoque.

Si se exceptúa el derecho convencional resultante de los tratados entre las naciones, llama la atención ver que la mayor parte del derecho internacional la forma el derecho romano puro. Cada vez que los jurisconsultos han afirmado que una doctrina estaba en armonía con el *jus gentium*, los publicistas modernos han hallado motivo para

adoptarla, hasta cuando llevaba distintamente el sello de su origen romano. Se observa también que las teorías derivadas participan de la debilidad de la idea madre. Así es tan confusa la manera de pensar de la mayor parte de los publicistas, que cuando se les estudia cuesta trabajo averiguar si discuten derecho ó moral, si el estado de las relaciones internacionales que describen es real ó ideal, y si exponen lo que son ó lo que á su juicio debieran ser las cosas.

La segunda proposición, por orden de importancia, de las que sirven de base al derecho internacional, es que el derecho natural obliga á los Estados unos con otros. La serie de proposiciones en que este principio está enunciado ó admitido, se remontan á la infancia de la ciencia jurídica moderna, y parecen á primera vista un resultado directo de la enseñanza romana. La condición civil de la sociedad se distinguía de la condición natural en que la primera tenia un legislador conocido y la segunda no; parece que en cuanto cierto número de entidades no reconocen soberano ni superior político común, caen ya bajo el imperio de la ley natural. Los Estados son entidades de este género; la hipótesis de su independencia excluye la idea de un legislador común; por consecuencia, según cierto orden de ideas, el Estado debe estar sometido al orden originario de la naturaleza. Cabe la alternativa de considerar independientes los Estados, como no unidos por lazos de derecho; pero esta ausencia de derecho era precisamente el vacío á que la naturaleza de los jurisconsultos tenía horror.

Motivos sobran, en efecto, para pensar que siempre que la inteligencia de un jurisconsulto romano tropezaba en algún estado social fuera del derecho civil, llenaba el vacío con las ordenanzas de la naturaleza. Sin embargo, no puede haber seguridad de que en ninguna época de la historia se sacasen deducciones, por directas y exactas que parezcan. Jamás se ha citado un solo fragmento de los textos del derecho romano que nosotros poseemos, por el que se pruebe, al menos en opinión nuestra, que los jurisconsultos creyeran la ley natural obligatoria entre Estados independientes; ni podemos menos de considerar que para los ciudadanos romanos, que tenian los dominios de su imperio

tan extendidos como el mundo civilizado, la sujeción por igual de los Estados á la ley de la naturaleza sólo podia parecerles, á lo sumo, aun suponiendo que pensaran en ello, una consecuencia extrema de una idea especulativa curiosa.

Es seguro, pues, que el derecho internacional moderno desciende del derecho romano, pero por filiación irregular. Los primeros intérpretes de la jurisprudencia romana, comprendiendo mal el sentido de las palabras *jus gentium*, creyeron sin vacilar que los romanos les habían dejado un sistema de reglas para los asuntos internacionales.

Así formado, el *derecho de las naciones* fué al principio una autoridad que tuvo terribles competidores, y la condición de la Europa impidió durante largo tiempo que fuera admitido. Sin embargo, poco á poco el mundo occidental tomó una forma más favorable á la teoría de los romanistas; las circunstancias desacreditaron las teorías rivales, y por fin, en un momento favorable, Ayala y Grecio consiguieron obtener para ella el asentimiento entusiasta de Europa, asentimiento renovado después muchisimas veces en toda clase de pactos solemnes.

Los grandes hombres á quienes se debió el triunfo de esta teoría trataron, como es sabido, de darle nueva base, pero no lo pudieron hacer sin alterar su forma, aunque no en tan gran escala como ordinariamente se dice. Suponiendo, según los jurisconsultos del tiempo de los Antoninos, que el *jus gentium* y el *jus naturæ* eran una misma cosa, Grocio, como sus predecesores y sucesores inmediatos, atribuyó á la ley natural una autoridad que no se habría nunca reclamado para ella, si las palabras *derecho de las naciones* no hubiesen sido en esta época una expresión ambigua. De este modo, tomando por base el principio de que el derecho natural es el Código de los Estados, introdujeron un procedimiento que ha continuado casi hasta nuestros días y que consistía en llevar al derecho internacional todas las reglas que se creía sacar de la contemplación del derecho natural.

De esto se ha obtenido una consecuencia muy importante para la humanidad, que, aunque no desconocida en los primeros tiempos de Europa moderna, no fué clara y generalmente reconocida hasta el triunfo de las doctrinas

de Grocio. Si la sociedad de las naciones es regida por el derecho natural, los átomos que la componen deben ser absolutamente iguales. Por el prisma de la naturaleza los hombres son todos iguales: por consecuencia, los Estados también son iguales en estado de naturaleza. Pues bien: esta proposición de que las comunidades independientes, por diferencias que haya entre sus dimensiones y su poder, son todas iguales respecto del derecho de las naciones, ha contribuido mucho al bien de la humanidad, aunque continuamente amenazada por las tendencias políticas de los siglos posteriores. Adviértase que esa doctrina no hubiera podido establecerse nunca si los publicistas que escribieron después del renacimiento de las letras no hubieran sacado todo el derecho internacional de la autoridad majestuosa de la naturaleza.

Abarcándolo todo, llama la atención, como ya he dicho, la poca importancia de las adiciones hechas después de Grocio al derecho internacional, en comparación de lo que antes había sido hecho sobre la base del *jus gentium* romano. La adquisición del territorio ha sido siempre el gran objeto de la ambición nacional, y las reglas que gobiernan esta adquisición, como las que moderan la guerra que de ella nace frecuentemente, son una simple trascripción de la parte del derecho romano relativa á los modos de adquirir la propiedad *jure gentium*. Estas maneras de adquirir fueron obtenidas por los antiguos jurisconsultos, como ya he tratado de explicar, tomando lo que había de común en los usos de las tribus que rodeaban á Roma; y habiendo sido clasificadas, en razón de su origen, en el «derecho común á todas las naciones», los modernos jurisconsultos creyeron que eran conformes por su sencillez con la concepción más reciente del derecho natural. Así es como estos modos de adquirir han entrado en el derecho de gentes moderno; y de ello resulta que las partes del derecho internacional relacionadas con el dominio, su naturaleza, sus límites y sus modos de adquirirse y conservarse, son de derecho romano puro; es decir, de derecho de propiedad romano, tal como los jurisconsultos de la época Antonina lo juzgaban conveniente en el estado de naturaleza.

Para que estos capítulos del derecho internacional pue-

dan ser aplicados, es menester que los soberanos tengan entre sí las mismas relaciones que los propietarios romanos. Este es otro de los postulados que se halla en el derecho internacional, y que no hubiera podido ser admitido durante los primeros siglos de la historia de la Europa moderna. Puede ser enunciado en la doble proposición de que «la soberanía es territorial», es decir, unida siempre á la propiedad de determinada porción de la superficie terrestre, y de que «los soberanos entre sí son considerados como si tuvieran no sólo el dominio eminente, sino la propiedad absoluta del territorio del Estado».

Muchos escritores contemporáneos de derecho internacional suponen que las doctrinas que constituyen el sistema, fundadas sobre los principios de la equidad y del sentido común, pueden ser sostenidas por el razonamiento en todos los Estados de la civilización moderna. Pero esta proposición, que oculta algunos defectos reales de la teoría internacional, es insostenible contra el resultado de una gran parte de la historia moderna. No es cierto que la autoridad del *jus gentium*, aplicada á los asuntos internacionales, no haya sido discutida; puesto que, por el contrario, ha tenido que luchar largo tiempo con otros muchos sistemas rivales. Tampoco es cierto que el carácter territorial de la soberanía haya sido siempre reconocido, puesto que, en largo tiempo, después de la disolución del imperio romano, la inteligencia de los hombres fué dominada por ideas incompatibles con esta concepción. Es decir, que ha sido necesario que el antiguo orden de cosas y las ideas que afectaba perdiesen su fuerza; que una nueva Europa y nuevas ideas adecuadas á su estado naciesen, para que los dos principales postulados del derecho internacional se hayan generalmente admitido.

Conviene notar que, durante una gran parte de lo que llamamos habitualmente historia moderna, no ha habido idea por el estilo de la de la soberanía territorial. La idea de soberanía no estaba aún asociada á la de propiedad de una porción de tierra. El mundo había pasado tantos siglos á la sombra de la Roma imperial que había olvidado la distinción de los vastos espacios comprendidos dentro del imperio, pertenecientes en otro tiempo á Estados indepen-

dientes, libres de intervención extraña y con pretensiones á la igualdad en los derechos nacionales.

Cuando acabaron las irrupciones de los bárbaros, la noción de soberanía que prevaleció debió de ser doble. De un lado, tomó la forma de lo que se puede llamar «soberanía de la tribu.» Los Francos, los Borgoñones, los Vándalos, los Lombardos, los Visigodos, eran dueños de los territorios que ocupaban y á los que cada uno ha dejado su nombre; pero no fundaban sus derechos en el hecho de la posesión territorial, ni le concedían importancia. Parece que conservaron las tradiciones que llevaban del bosque ó de la estepa, y que se consideraron como una sociedad patriarcal, como una horda nómada acampada por algún tiempo sobre el suelo de que sacaba su sustento. Una parte de la Galia trasalpina y una parte de Alemania habían sido ocupadas por los Francos, y esto fué la Francia; pero la raza de los jefes merovingios, los descendientes de Clovis, no eran reyes de *Francia*, sino de los *Francos*. Los títulos territoriales no eran desconocidos, pero parece que se emplearon primero como un medio cómodo de designar el jefe de una parte de las posesiones de la tribu; el rey de toda la tribu era rey de su pueblo y no de la tierra de su pueblo.

La alternativa que resultaba de la soberanía parece que fué, y este es el punto importante, la idea de la dominación universal. Cuando un monarca salía de las relaciones habituales de jefe de *clan* con sus subordinados, y deseaba por cualquier motivo tomar una nueva forma de soberanía, el modelo que se presentaba á su inteligencia era solamente el poder de los emperadores romanos. Para parodiar un dicho común, era «ó César ó nada.» O pretendía todas las prerrogativas del emperador de Constantinopla ó no tenía Estado político. En nuestro siglo, cuando una dinastía nueva desea suprimir el antiguo título de una raza de soberanos desposeídos, toma su nombre del pueblo y no del territorio. Así es como hemos tenido reyes y emperadores de los franceses y un rey de los belgas. En la época de que acabamos de hablar, la alternativa en esas circunstancias era distinta. El jefe que no quería llamarse rey de la tribu se llamaba emperador del mundo. Así, cuando los condes palatinos hereditarios dejaron de guardar atenciones á los reyes que ellos habían virtualmente destronado, no quisieron llamarse «reyes de los Francos», título de los merovingios; pero no pudieron llamarse reyes de Francia, porque esta designación, aunque no desconocida, no era título de dignidad. Por eso se presentaron como aspirando al imperio universal.

Los motivos de esta conducta han sido mal comprendidos. Los escritores franceses contemporáneos han trabajado para demostrar que Carlomagno se anticipó á su siglo tanto por el carácter de sus deseos como por la energía con que los persiguió. Sea cierto ó no que un hombre pueda ser en ningún tiempo anterior á su siglo, lo cierto es que Carlomagno, pretendiendo el imperio universal, tomó formalmente el único camino que las ideas de su tiempo le permitían tomar. Su grandeza intelectual no puede ser puesta en duda; pero se prueba por sus actos, no por su teoría.

No cambió este punto de vista singular al dividirse la herencia de Carlomagno entre sus tres hijos; Carlos el Calvo, Luis y Lotario eran todavía teóricamente, si así puede hablarse, emperadores de Roma. Como los Césares de los imperios de Oriente y de Occidente habían sido emperadores de derecho del mundo entero y emperadores de hecho de la mitad, los tres Carlovingios parece también que consideraron su poder como limitado, pero su título como supremo. Esta misma soberanía universal, totalmente especulativa, continuó asociada á la idea del trono imperial después del segundo reparto que se hizo á la muerte de Carlos el Gordo, y no estuvo completamente separado sino en tanto que duró el imperio de Alemania.

La idea de la soberanía territorial que asocia la soberanía con la posesión de una parte determinada de la superficie de la tierra, es un retoño tardío del feudalismo, que ciertamente se hubiera podido esperar de él *à priori*, porque él fué quien, por vez primera, unió los deberes personales, y, por consecuencia, los derechos personales á la propiedad de la tierra. Cualquiera que sea la verdad sobre el origen y la naturaleza legal del feudalismo, la mejor manera de representarnos su organización es comenzar por la base, considerar las relaciones del vasallo con la porción

de tierra que daba lugar á sus servicios y los limitaba; después elevarse siguiendo los círculos cada vez más estrechos de la infeudación superior, hasta llegar al remate del sistema en la cima de la pirámide.

No es fácil decir exactamente dónde estaba este remate en aquellos siglos primeros; probablemente, allí donde la idea de la soberanía de la tribu estaba en decadencia, se asignaba el primer lugar á los supuestos sucesores de los emperadores de Occidente. Pero, después de algún tiempo, cuando la esfera de la autoridad imperial se fué inmensamente estrechando, cuando los emperadores concentraron los débiles restos de su poder en Alemania y en la alta Italia, los grandes señores feudales del imperio carlovingio se hallaron en realidad sin jefe supremo. Poco á poco, ellos se acostumbraron á su nueva situación y, no obedeciendo á nadie, olvidaron al fin la teoría de la dependencia; pero muchos datos demuestran que este cambio no se efectuó sin esfuerzos, y, en realidad, á la idea de que la naturaleza de las cosas exige que haya en alguna parte dominación soberana, es á lo que debemos atribuir la tendencia creciente á reconocer una superioridad política en la Santa Sede.

El fin de esta revolución está señalado por la subida de la dinastía de los Capetos en Francia. Antes de esto, muchos poseedores de los grandes feudos separados del imperio carlovingio, habían comenzado á sustituir con el título de rey el de duque y el de conde; pero este cambio importante se realizó cuando el señor feudal de las cercanías de París, reuniendo por azar en su persona cierto número de soberanías, comenzó á llamarse rey de Francia, al mismo tiempo que usurpaba el título de rey de los franceses que habían llevado los reyes de la primera dinastía. Así Hugo Capeto y sus descendientes fueron reyes en un sentido completamente nuevo; y tuvieron con el suelo de Francia, las mismas relaciones que el barón con su feudo y el vasallo con el suyo.

La forma de la monarquía en Francia aceleró los cambios que en todas partes tuvieron lugar en igual sentido. La autoridad de nuestros reyes anglo-sajones era el término medio entre la del jefe de la tribu y la del soberano territorial; pero la de los reyes normandos, imitada de la

de los de Francia, fué positivamente territorial. Toda soberanía establecida ó consolidada por el tiempo tomó el nuevo modelo. En España, en Nápoles, en los principados nacidos sobre las ruinas de las municipalidades en Italia, se establecieron soberanos territoriales. Pocas cosas más curiosas que el cómo pasaron los venecianos de una teoría á la otra. Al principio de sus conquistas exteriores, la república de Venecia, se consideraba á manera de una república romana, gobernadora de cierto número de provincias. Después de más de un siglo se consideró como soberana territorial, y entonces reclamó los derechos de señorío feudal sobre sus posesiones de Italia y del mar Egeo.

En el periodo en que las ideas populares relativas á la soberanía sufrieron este notable cambio, el sistema que reemplazó á lo que hoy llamamos derecho internacional tenía una forma heterogénea y de principios contradictorios. En toda la parte de Europa que ocupaba el imperio romano alemán, las relaciones de los Estados confederados eran regidas por el mecanismo complicado é incompleto de la constitución imperial; y, por chocante que esto pueda parecernos, los legistas alemanes querían sostener que las relaciones de los Estados, tanto dentro como fuera del imperio, debían ser regladas, no por el *jus gentium*, sino por la jurisprudencia romana pura, de que el César era todavía el centro. Esta doctrina no fué rechazada con tanta firmeza como se podía suponer por los paises vecinos; pero, en el resto de Europa, las relaciones feudales remplazaron de hecho al derecho público; y, cuando eran obscuras ó ambiguas, existía, en teoría al menos, una autoridad superior, que era la del jefe de la Iglesia.

Después, las influencias feudales y eclesiásticas se debilitaron rápidamente durante el siglo XV, y aun desde el XIV; y si examinamos de cerca los pretextos ordinarios de guerra y los motivos confesados para las alianzas, vemos que, poco á poco, á medida que los antiguos principios se destacaban, las ideas que Ayala y Grocio pusieron más tarde en orden y en sistema hicieron ya progresos considerables, aunque sin ruido y lentamente. Sin embargo, no es posible decidir si la fusión de todos los orígenes de autoridades hubiera acabado por producir un sistema de relaciones internacio-

nales, y si este sistema hubiera diferido materialmente del de Grocio, porque la Reforma no dejó subsistir de hecho más que un principio de autoridad.

Comenzada en Alemania, la Reforma dividió los príncipes del Imperio de una manera demasiado profunda para que la supremacía imperial pudiese darle una ley común aun cuando el emperador hubiese sido neutral. Pero él se vió obligado á tomar parte en favor de la Iglesia contra los reformadores, y el Papa se halló en el mismo caso. De este modo, las dos autoridades á quienes pertenecía ser mediadoras entre los combatientes, se hallaron á la cabeza de uno de los dos grandes partidos que dividieron á las naciones europeas. El feudalismo, ya débil y desacreditado como principio de orden público, no presentaba ningún lazo bastante fuerte para contrarrestar en la balanza el peso de las alianzas de religión. En esta situación, por consecuencia, el derecho público se hizo un caos, y no quedó de allí á poco nada más que los principios á que se creía haber dado su sanción los jurisconsultos romanos.

La forma, la simetría y la grandeza que tomaron estos principios en manos de Grocio son conocidos de todo hombre ilustrado; pero lo que hubo de más asombroso en el tratado *De jure belli et pacis* fué su éxito rápido, completo y universal. Los horrores de la guerra de los Treinta años y el terror y la lástima producidos por el licenciamiento de los soldados, contribuyeron sin duda en alguna medida á este éxito, pero no pueden explicarlo todo. Indudablemente, sin necesidad de penetrar mucho en las ideas de este siglo, si el plan de derecho internacional trazado en la gran obra de Grocio no hubiera parecido perfecto en teoría, hubiese sido desacreditado por los legistas y despreciado por los hombres de Estado y los militares.

Es evidente también que la perfección especulativa del sistema de Grocio se halla ligada íntimamente á la idea de soberanía territorial que acabamos de discutir. La teoría del derecho internacional supone que los Estados están, uno respecto de otro, en estado de naturaleza; pero las unidades que componen una sociedad natural deben, por la primera suposición, estar aisladas é independientes unas de otras. Si un poder más elevado las une, aunque débil y

temporalmente, ejerciendo sobre ellas una supremacía, la misma concepción de un superior común introduce la idea de un derecho positivo y excluye la de un derecho natural. Por consecuencia, si se hubiera admitido, aun en teoría, el señorío universal del emperador, los trabajos de Grocio hubieran resultado inútiles. No es este el único punto de unión entre el derecho público moderno y las ideas de soberanía cuyo desarrollo he tratado de describir. Yo he dicho que había partes enteras del derecho internacional que son de derecho de propiedad romano. ¿Qué es necesario deducir en conclusión? Que si no hubiera ocurrido en las ideas de soberanía un cambio parecido al que he mencionado, si la idea de soberanía no se hubiese asociado á la de propiedad de una porción de tierra ó, en otros términos, si no se hubiera hecho territorial, las tres cuartas partes de la teoría de Grocio no hubieran podido ser aplicadas.

. . . .

CAPÍTULO V

La sociedad primitiva y el antiguo derecho

Jamás se ha perdido de vista en los tiempos modernos la necesidad de tratar la jurisprudencia como una ciencia, y autores de muy distinto valor han escrito bajo la impresión de esta necesidad; pero no es inmodestia, á mi juicio, decir que se ha dado por ciencia una serie de conjeturas, y precisamente conjeturas de los legistas romanos que hemos estudiado en los precedentes capítulos. Una serie de afirmaciones formales reconociendo y adoptando las teorías hipotéticas de un estado de naturaleza y de un sistema de principios en armonía con ese estado, ha seguido casi sin interrupción desde la época de sus inventores hasta nuestros días.

Se hallan estas teorías en los escritos de los glosadores que fundaron la jurisprudencia moderna y en los de los juristas escolásticos que los han sucedido. Se les halla también en los escritos de los canonistas, y con más evidencia en los de los sabios romanistas que florecieron en la época del renacimiento de las letras. Grocio y sus sucesores las hicieron brillantes y plausibles al mismo tiempo que las dieron una gran importancia práctica; se las puede leer también en los primeros capítulos de nuestro Blakstone, que las había copiado textualmente de Burlamaqui; y cuantas veces se halla una exposición de los primeros principios del derecho en los manuales destinados á los estudiantes y á los prácticos de nuestros días, se repite aún la hipótesis romana.

Gracias á los disfraces que toman alguna vez estas conjeturas, al mismo tiempo que á su forma nativa, es como llegamos á comprender con qué sutileza se han mezclado en el pensamiento de los hombres. La teoría de Locke que hace nacer el derecho de un contrato social apenas oculta su origen romano, y casi no hace otra cosa que revestir las antiguas ideas de más atracción para una generación dada, prestándoles una forma nueva; pero, en cambio, la teoría de Hobbes sobre la misma materia tenía precisamente por objeto negar la realidad del derecho natural tal como le habían concebido los romanos y sus discípulos. Sin embargo, estas dos teorías, que dividieron largo tiempo á los pensadores políticos de Inglaterra en dos campos enemigos, se parecen completamente en la proposición fundamental de un estado no histórico é indemostrable del género humano.

Sus autores diferían sobre los caracteres de ese estado antesocial y sobre la naturaleza de la acción anómala mediante la cual los hombres se elevaron hasta la organización social que nosotros conocemos; pero estaban de acuerdo en pensar que un gran abismo separaba el hombre del estado primitivo del hombre en sociedad, y es indudable que consciente ó inconscientemente tomaron esta idea de los romanos. Si, en efecto, los fenómenos del derecho se miran desde el punto de vista de estos teóricos, es decir, como un vasto conjunto, no es extraño que la inteligencia acabe por eludir la tarea que se ha impuesto, acudiendo á alguna conjetura ingeniosa que bien interpretada parezca conciliarlo todo, ó que desespere y abandone la empresa de sistematizar del derecho.

Entre las teorías del derecho que tienen por base especulativa la doctrina romana, hay dos muy célebres que deben ser exceptuadas: la de Montesquieu y la de Bentham. Aunque se halla al principio del *Espíritu de las leyes* algunas expresiones ambiguas que parecen mostrar la repugnancia del autor á romper abiertamente con las ideas hasta entonces populares, la corriente general del libro de Montesquieu tendía á dar una idea muy diferente de las que habían reinado antes. En los varios y numerosos ejemplos que, en su inmenso examen, saca de sistemas supuestos de jurisprudencia, el autor trata de poner en evidencia costumbres é instituciones que asombran al lector civilizado por su grosería, su estravagancia ó su poco decoro. Así trata de demostrar constantemente que las leyes nacen del clima, de la situación local, de un accidente, de una impostura; que resultan, en fin, de toda especie de causas menos las que parezcan tener una acción constante.

En realidad, Montesquieu parece haber considerado la

naturaleza humana como enteramente plástica, reproduciendo pasivamente las impresiones y siguiendo los impulsos que recibe de fuera: y esto es sin duda un error que vicia su sistema tanto como el que más. No aprecia en su valor la estabilidad de la naturaleza humana, y tiene poco en cuenta ú olvida las cualidades hereditarias de la raza que cada generación recibe de las que la preceden y trasmite con poca alteración á las que la siguen. Cierto es que no podemos darnos cuenta completamente de los fenómenos sociales, y de las leyes por consecuencia, sin tener en cuenta las influencias que señala el *Espíritu de las leyes*, pero Montesquieu parece haber exagerado su número y su fuerza. Muchas anomalías que él señala se han hallado después fundadas sobre narraciones falsas ó en las que se habían comprendido mal los hechos; y aun las verdaderas, en su mayor parte, más bien prueban la permanencia que la movilidad de la naturaleza humana, puesto que son restos de un antiguo estado social que han resistido á las influencias que prevalecían entonces.

En realidad, la mayor parte de nuestra constitución mental, moral y física es estable, y la resistencia que opone al cambio es tal que, aunque las modificaciones de la sociedad humana sean tan evidentes en una parte del mundo, no son tan rápidas ni tan extensas que no se pueda determinar su importancia, su carácter y su dirección general. En el estado actual de nuestros conocimientos no podemos más que acercarnos á la verdad, pero no hay razón para creer que ésta se encuentre tan lejos, ó lo que es lo mismo, que nuestra ciencia tenga necesidad de tantas correcciones en el porvenir que sea inútil enteramente para nuestra instrucción.

La otra teoría que debe exceptuarse es la histórica de Bentham. Está expuesta un poco oscuramente y acaso con timidez en muchas partes de las obras de Bentham, y es totalmente distinta del análisis de la idea del derecho que él había comenzado en su «Fragmento sobre el Gobierno» y que fué completado últimamente por Jhon Austin. Reducir el derecho á un mandato de cierta naturaleza, impuesto en condiciones especiales, no sirve nunca más que para alejar de nosotros una dificultad de lenguaje, realmente formidable. Pero no se resuelve así la cuestión de los motivos que han tenido las sociedades para imponerse estos mandatos, ni la de las relaciones que estos mandatos guardan entre sí y con los que les han precedido y les han remplazado. Es difícil decir que esta proposición sea falsa, pero es estéril. Porque lo que parece útil á una sociedad ó á los hombres que la gobiernan, cuando cambia una regla de derecho, es lo mismo que el objeto de este cambio, cualquiera que pueda ser. La utilidad y el mayor bien de todos no son más que nombres diferentes de los sentimientos que informan el cambio, y cuando nosotros decimos que el derecho ó la opinión se modifican según la utilidad, lo único que ganamos con esta proposición consiste en sustituir una expresión formal á otra expresión que se sobreentiende necesariamente cuando decimos que ha tenido lugar un cambio.

Es tan general el descontento por las teorías existentes en materias de derecho y tan general la convicción de que no resuelven las cuestiones que pretenden resolver, que se puede sospechar que una rama de investigaciones necesarias para obtener un resultado completo, se ha descuidado ú olvidado enteramente por los autores de esta teoría. Todas esas especulaciones, si se exceptúa acaso las de Montesquieu, pecan por una omisión notable; la de no tener en cuenta lo que fué el derecho en aquellas épocas lejanas á las en que ha aparecido cada una de ellas. Sus autores han observado con cuidado las instituciones de su siglo y de la sociedad en que vivían, y las de otros siglos y otras sociedades á que estaban unidos por alguna simpatía intelectual; pero, desde que su atención se dirigió á estados sociales muy antiguos y muy diferentes del suyo en apariencia, dejaron de observar y comenzaron á conjeturar.

El error que cometían es análogo al de una persona que, buscando las leyes del universo material, comenzara por considerar el mundo físico como un todo en lugar de comenzar por el estudio de sus elementos más simples, y no se comprende por qué tal solecismo científico ha de ser más permitido en derecho que en otras regiones del pensamiento. Lo lógico sería que empezáramos por el estudio de las formas sociales más simples, en el estado más antiguo de su condición primitiva. En otros términos, que para seguir la

marcha habitual de las ciencias, penetrásemos todo lo dentro posible en la historia de las sociedades primitivas.

Los fenómenos que nos presentan no son fáciles de comprender á primera vista; pero la dificultad de ordenarlos es poca cosa al lado de las perplejidades que nos asaltan cuando estudiamos el mecanismo complicado de las sociedades modernas. La dificultad que se nos presenta para comprender las instituciones primitivas está en su grosería y en su extravagancia, no en su número ni en sus complejas relaciones. Sorprenden profundamente cuando se las mira desde el punto de vista moderno; pero, cuando esta sorpresa ha pasado, se hallan en ellas relaciones sencillas y poco numerosas. Y, de todos modos, aunque costase el trabajo que no cuesta comprenderlas, este trabajo no sería inútil cuando se trata de hallar el germen de donde han salido todas las restricciones morales que limitan nuestras acciones y dirijen nuestra conducta en el tiempo presente.

Los principios del estado social, según nosotros los conocemos, son atestiguados por testimonios de tres especies: relaciones de observadores contemporáneos sobre civilizaciones menos adelantadas que la suya; recuerdo de sú historia primitiva conservado por ciertas razas; y derecho antiguo.

Los testimonios de la primera especie son los mejores. Como las sociedades no avanzan tan vivamente unas como otras, sino que llevan marcha diferente, hay épocas en que los hombres habituados á observar metódicamente han estado en condiciones de ver y de describir la infancia del género humano. Tácito, por ejemplo, ha sacado gran partido de una situación semejante; sólo que la *Germania*, poco parecida en esto á los libros clásicos más célebres, no ha guiado á otros escritores á seguir el excelente ejemplo dado por su autor; y de aquí que no poseamos más que pequeño número de testimonios de este género.

El altivo menosprecio con que un pueblo culto mira á sus vecinos bárbaros, ha hecho descuidar la observación de éstos; descuido agravado alguna vez por el temor de los prejuicios religiosos y hasta por el empleo de las palabras civilización y barbarie, con que se hace creer á muchas personas que estas dos palabras no indican solamente una diferencia de progreso, sino de naturaleza. La *Germania* misma ha sido tachada por algunos críticos de sacrificar la exactitud á la investigación de contrastes y á lo pintoresco.

Otras historias, las que nos han sido conservadas en los archivos del pueblo de que relatan la infancia, se estiman como influidas por el orgullo de raza ó por el sentimiento religioso de los siglos posteriores. Solamente no se aplican estas sospechas, bien ó mal fundadas, á la mayor parte del derecho primitivo. Las antiguas leyes llegadas hasta nosotros se han conservado solamente porque eran antiguas. Los que las practicaban y las obedecían no trataban de comprenderlas: á veces hasta las creían ridículas y las menospreciaban. No podían darse cuenta de ellas más que diciendo que venían de sus abuelos.

Si limitamos nuestro intento á los fragmentos de nuestras instituciones que no pueden racionalmente ser sospechosos de falsedad, podemos comprender claramente en ellos algunos de los grandes caracteres de la sociedad á que pertenecían en su origen. Si damos algún paso más, podemos estudiar sistemas de derecho que, como el Código de Manou, son en su conjunto de una autenticidad dudosa, y sirviéndonos, sin embargo, de los datos obtenidos por el estudio anterior, fácilmente distinguimos las partes de estos Códigos verdaderamente primitivas de las que han sido afectadas por prejuicios, interés ó ignorancia del compilador. Convengamos, por lo menos, en que, si los materiales son suficientes y si las comparaciones se hacen con cuidado, este método es tan inatacable como el que conduce en la filología comparada á tan maravillosos resultados.

El resultado de las pruebas que presenta la jurisprudencia comparada es que la condición primitiva de la especie humana fué lo que se llama el estado patriarcal. Sin duda, la teoría de este estado se funda ante todo en la historia bíblica de los patriarcas hebreos en el Asia baja; pero, como acabamos de decir, este origen bíblico ha sido obstáculo para que fuese acogida como una teoría completa, porque la mayoría de los que hasta hoy han estudiado con esmero la asociación de los fenómenos sociales, estaban bajo la influencia de poderosos prejuicios contra las antigüedades hebráicas ó deseaban ardientemente establecer

sus sistemas sin apoyarse en la historia religiosa. Hoy mismo hay quizá tendencia á despreciar estos documentos ó, cuando menos, á no considerarles como parte de las tradiciones de un pueblo semítico.

Es necesario notar, sin embargo, que los documentos relativos al antiguo derecho pertenecen casi exclusivamente á instituciones de sociedades de la raza indoeuropea, puesto que la mayor parte proceden de los romanos, de los hindos y de los slavos; por lo cual, la dificultad, en el estado actual de nuestros conocimientos, es la de saber dónde detenerse, ó sea averiguar de qué raza de hombres puede afirmarse que la sociedad en que fueron unidos primitivamente no tuviera la forma patriarcal.

No hay necesidad de describir en detalle los rasgos principales de la sociedad patriarcal tal como la muestran los primeros capítulos del Génesis, porque son familiares á la mayor parte de los lectores desde su infancia, y porque, gracias al interés que produjo en otro tiempo la controversia que tuvo lugar entre Locke y Filmer, llenaron éstos un capítulo, bastante inútil, por otra parte, de la literatura inglesa.

Los puntos que resaltan claramente en la historia son los siguientes: El pariente varón de más edad, el ascendiente mayor de edad, era dueño absoluto en su casa; tenía el poder de vida y muerte sobre sus hijos y su familia, al mismo tiempo que sobre sus esclavos, y en realidad, las relaciones de padre é hijo y de señor y esclavo, no diferían apenas en otra cosa que en la capacidad del hijo para llegar á jefe de la familia; los rebaños de los hijos pertenecían al padre, y los bienes del padre, que él poseía más bien como magistrado que como propietario, eran divididos por igual á su muerte entre los descendientes del primer grado, recibiendo el primogénito alguna vez una parte doble, bajo el nombre de derecho de primogenitura; pero, en general, sin otra ventaja hereditaria que una preeminencia honorífica. Se puede sacar, de los relatos de la Escritura, la consecuencia, al menos aparente, de que nos ponen en camino de fijar los primeros rasgos de la patria potestad. Las familias de Jacob y Esaú se separaron y formaron dos naciones; pero las familias de los hijos de Jacob quedaron unidas y formaron un pueblo. Esto se parece al primer germen de un Estado ó de una República, y al de un orden de derecho superior á las relaciones de familia.

Si yo tratase de expresar en pocas palabras los caracteres esencialmente jurídicos del estado en que los hombres se muestran en el origen de la historia, me contentaría con citar algunos versos de la Odisea de Homero: «No tienen ni asamblea para el consejo ni themistas; pero cada uno tiene jurisdicción sobre sus mujeres y sus hijos, sin cuidarse de los otros.» Estos versos se aplican á los cíclopes, y quizá no expresaré una idea muy fantástica si digo que para Homero los cíclopes son el *tipo* de una civilización extranjera menos avanzada que la suya; porque la repugnancia casi física que un pueblo primitivo siente hacia los hombres cuyas costumbres difieren mucho de las suyas, se manifiestan en considerárseles como mónstruos, ó gigantes, ó demonios, según sucede casi siempre en la mitología oriental.

Pero, sea como quiera, esos versos resumen las indicaciones que nos proporcionan las antigüedades jurídicas. Los hombres aparecen al principio en grupos perfectamente aislados, bajo el poder del padre de familia. La palabra de éste es el derecho, pero no todavía con la condición de los themistas que analizamos en el primer capítulo de esta obra. Cuando llegamos al estado de sociedad en que estas concepciones primitivas del derecho aparecen ya formadas, las hallamos envueltas en el misterio y en la espontaneidad que parecen caracterizar las órdenes de un padre todopoderoso; pero, al mismo tiempo, como provienen de un soberano, suponen la unión de grupos de familia en una organización más extensa.

La primera cuestión que se presenta en seguida es la de saber la naturaleza de esta unión y el grado de intimidad que supone. Aquí es precisamente donde el derecho primitivo nos presta un gran servicio, ó uno de los más grandes servicios, y llena una laguna que, sin él, sólo podría ser llenada por conjeturas. Por de pronto, todas las partes de este derecho contienen indicaciones clarísimas para asegurar que la sociedad de los tiempos primitivos no era una colección de individuos, como la de nuestro tiempo, sino una agregación de familias. Se puede expresar el contraste

de una manera más clara diciendo que la unidad de la antigua sociedad era la familia como la de la sociedad moderna es el individuo.

Varias son en el antiguo derecho las consecuencias de esta distinción. Este derecho es concebido para un sistema de pequeñas corporaciones independientes; por consecuencia, es pobre, porque el mandato despótico del padre de familia le suple; y está lleno además de formalismos, porque los negocios en que se ocupa parecen mucho más negocios internacionales que comercio rápido de individuos. Se distingue aquel derecho, sobre todo, por la particularidad, de que no puedo exponer aquí toda la importancia, de considerar la vida desde un punto de vista diferente del de una jurisprudencia adelantada; pues, como las corporaciones no mueren nunca, el derecho primitivo considera las unidades de que se ocupa, es decir, los grupos patriarcales ó de familia, como perpetuos é imperecederos.

Este punto de vista se une al aspecto particular que presentan los atributos morales en los tiempos muy antiguos. La elevación moral y la depravación del individuo se confunden con los méritos y las faltas del grupo á que pertenecen, ó no son considerados más que en segunda línea. Si la comunidad peca, su pecado es mucho más grande que la suma de los que cometen sus miembros. El crimen es un acto colectivo y sus consecuencias se extienden á mayor número de personas que las que han tomado parte en él. Además, si el individuo ha cometido un crimen que llama la atención, sus hijos, sus padres, los hombres de su tribu ó sus conciudadanos son castigados con él, y alguna vez por él.

Sucede así que las ideas de responsabilidad y de retribución moral parecen más claras en los tiempos muy antiguos que en los menos alejados, porque, como el grupo de familia es *inmortal* y permanece indefinidamente expuesto á los castigos, la inteligencia de los tiempos primitivos no está embarazada por las cuestiones oscuras á que daría lugar el considerar al individuo como completamente aislado del grupo.

La especie griega de una herencia de maldición marca un paso en la transición del antiguo punto de vista á las

explicaciones teológicas ó metafísicas que han venido más tarde. La herencia que el primer criminal dejaba á su posteridad no era ya el peligro del castigo, sino el peligro de cometer nuevos crímenes que lo merecieran; y, de este modo, la responsabilidad de la familia vino á unirse á la nueva forma de pensamiento que limitaba á la persona del criminal las consecuencias del crimen.

Como lograríamos una sencilla explicación del origen de la sociedad, sería sacando una conclusión general de las indicaciones proporcionadas por el mencionado ejemplo bíblico, y suponiendo que empezó á haber comunidades donde quiera que una familia quedaba reunida, en lugar de separarse, á la muerte del patriarca. En la mayor parte de los Estados griegos y en Roma, se ven largo tiempo vestigios de una serie ascendente de los grupos de que se formó el Estado primitivamente. La familia, la casa, la tribu de los romanos pueden ser considerados como tipos, y las descripciones que se nos han hecho de ellos, nos hacen fácilmente ver un sistema de círculos concéntricos formados uno tras de otro en derredor de un mismo punto.

El grupo elemental es la familia unida por el poder del ascendiente varón mayor de edad. La agregación de familias forma la *gens* ó casa. La agregación de tribus forma la república. Siguiendo estas indicaciones, podemos afirmar que la república es una colección de personas unidas por la descendencia común del autor de una familia primitiva. Podemos al menos estar seguros de que todas las antiguas sociedades se miraban como procedentes de un mismo tronco, y no comprendían que la unión política tuviese otro fundamento.

La historia de las ideas políticas comienza realmente con la idea de que la comunidad de sangre es la sola base posible de una comunidad de funciones políticas; por lo cual, ninguno de estos cambios de sentir que llamamos solemnemente revoluciones ha sido tan sorprendente y completo como el sobrevenido cuando algún otro principio, es de la habitación sobre el mismo suelo, por ejemplo, se ha establecido por vez primera como base de una acción política común. Se puede afirmar, por lo tanto, de las antiguas repúblicas, que sus ciudadanos consideraban todos los

grupos de que eran miembros como fundados en la descendencia de un mismo autor. Esto, que se creyó evidentemente cierto de la familia, se creyó cierto también de la *gens*, de la tribu y más tarde del Estado.

Sin embargo, vemos que aun con esta creencia ó, si podemos hablar así, con esta teoría, cada comunidad conservaba títulos ó tradiciones que mostraban claramente la falsedad de dicha suposición. Sea que consideremos los Estados griegos, ó Roma, ó las aristocracias teutónicas del Ditmarsh, que han proporcionado á Niebhur tantos ejemplos ingeniosos, ó los *clans* celtas, ó la extraña organización social de los slavos, rusos y polacos, que no ha sido observada hasta hace poco, descubrimos siempre en la historia un momento en que hombres de origen extranjero han sido admitidos en la comunidad primitiva é incorporados á ella. En Roma particularmente, vemos que el primer grupo, la familia, era alterada constantemente por la práctica de la adopción, y que siempre circularon historias sobre el origen extranjero de una de las tribus primitivas y sobre el gran aumento de las *gens*, atribuída á uno de los primeros reyes.

La composición del Estado, que se consideraba siempre como natural, era, por lo tanto, conocida como artificial para una gran parte. Esta contradición, entre una creencia ó teoría y un hecho notorio, es muy embarazosa á primera vista; pero nos prueba bien el poder con que las ficciones legales obran en la infancia de la sociedad. Porque una de las primeras ficciones legales y de las más empleadas era la que permitía crear artificialmente relaciones de familia; acaso á ninguna deba el género humano mayor reconocimiento. Si no hubiera existido, no se cómo un grupo primitivo, cualquiera que fuere su naturaleza, hubiera absorbido á otro, ni cómo dos grupos hubiesen podido reunirse, salvo por la superioridad absoluta de un lado y la sumisión absoluta de otro.

Claro es que cuando, con nuestras ideas actuales, pensamos en la unión de comunidades independientes, podemos imaginar cien maneras de establecerla, y entre ellas la sencillísima de votar ú obrar los individuos, comprendidos en grupos, según la situación de su domicilio; pero esta idea de ejercer los derechos políticos en común, simplemente por vivir en el mismo lugar, era en absoluto extraña y monstruosa para la antigüedad primitiva. El procedimiento que entonces se acogía con gusto era el de que la población nueva fingiese descender de la misma rama en que era ingertada; y éstas son la buena fe de esta ficción y su imitación exacta de la realidad, que no podemos, sin embargo, comprender.

Una circunstancia que importa recordar, sin embargo, es que los hombres que formaban los distintos grupos políticos tenían la costumbre segura de reunirse periódicamente para reconocer ó consagrar su asociación con sacrificios comunes. Los extranjeros incorporados al grupo eran sin duda admitidos á estos sacrificios; y, cuando esto sucedió, podemos creer que fué fácil comprender que descendían de un autor común.

La conclusión que resulta, pues, de los documentos es, no que todas las sociedades primitivas fuesen formadas por la descendencia de un mismo autor, sino que todas las que tuvieran duración y solidez entre ellas descendían ó suponían descender de un autor común. Por otra parte, un número indefinido de causas pudo dispersar los grupos primitivos; pero cada vez que sus elementos se reunían, era sobre el modelo ó el principio de una asociación familiar, y, fuese en realidad lo que fuese, las ideas, el lenguaje y el derecho estaban fundados sobre la misma suposición.

Pero, aunque todo esto me parece probado para las comunidades de que tenemos documentos, el resto de su historia atestigua que, como hemos afirmado más atrás, las ficciones legales tienen un carácter esencialmente transitorio y de corta influencia. Por eso, en cierta época, probablemente cuando se sintieron fuertes para resistir á la presión de fuera, todos aquellos Estados dejaron de reclutarse por extensión artificial del parentesco. De ahí que vinieran á ser necesariamente aristocracias cada vez que una nueva población, reunida por cualquier causa en torno de ellos, no pudo reclamar una comunidad de origen.

La firmeza en sostener el principio central del sistema, bajo el que no se podían obtener los derechos políticos sino por parentesco real ó artificial, enseñó á los inferiores otro principio que apareció dotado de una vitalidad superior:

el principio de la habitación del mismo territorio, reconocido hoy en todas partes como condición de la comunidad de derechos políticos. Al mismo tiempo aparecieron otras ideas políticas que, siendo las nuestras, las de nuestros contemporáneos y, en parte, las de nuestros antepasados, obscurecen ya para nosotros la inteligencia de aquella teoría que vencieron y destronaron.

La familia es, por lo tanto, el tipo de una sociedad antigua en todas las modificaciones que puede sufrir; pero esta familia no es como los modernos la conciben. Para comprender el concepto de la familia antigua tenemos que dar á nuestras ideas modernas una importante extensión y una importante limitación á la vez. Hay que considerar la familia como extendiéndose constantemente por la absorción de extranjeros, y es necesario del mismo modo comprender la ficción de la adopción imitando el parentesco real tan exactamente que ni la ley ni la opinión establezcan diferencia entre el parentesco de sangre y el que nace de la adopción. Por otra parte, hay que ver que las personas incorporadas teóricamente á una familia por una descendencia común están ligadas prácticamente por el poder del ascendiente de mayor edad, padre, abuelo ó bisabuelo. La autoridad del patriarca es un elemento tan esencial de la noción del grupo de familia como lo es el hecho, real ó supuesto, de que los miembros de la familia descienden todos de él; por lo cual, si existe alguna persona que, aunque pariente por la sangre, se haya sustraído de hecho al poder del jefe, es siempre considerada, en el comienzo del derecho, como perdida para la familia.

Esta agregación patriarcal (la familia moderna ensanchada de un lado y limitada de otro) es lo que encontramos en el umbral del derecho primitivo. Más antigua probablemente que el Estado, que la tribu y que la *gens*, aún se conocen sus huellas en el derecho privado mucho tiempo después de haber sido olvidadas la *gens* y la tribu, y mucho tiempo después de haber dejado la consanguinidad de ser un elemento de la composición de los Estados. Su influjo ha quedado en todas las divisiones de la jurisprudencia, y se notará que es el verdadero origen de muchos de sus caracteres más importantes y más durables.

Los detalles del derecho, en su más antiguo estado, nos conducen irresistiblemente á afirmar que se consideraba el grupo de familia precisamente como hoy consideran al individuo los sistemas de derechos y deberes que prevalecen en Europa. Existen sociedades, que podemos observar hoy mismo, cuyas leyes y costumbres serían difícilmente comprendidas si no se supusiera que permanecen en esta condición primitiva; pero, en las comunidades más favorecidas, el mecanismo del derecho antiguo se ha destrozado gradualmente. Y si observamos con cuidado cómo se ha quebrantado, vemos que las partes que han perecido de cada sistema son las que más profundamente estaban influidas por la concepción primitiva de la familia.

En un caso de la más alta importancia, el del derecho romano, los cambios tuvieron lugar tan lentamente que podemos observar en ellos la línea de dirección que siguieron, y hasta dar alguna idea de los resultados definitivos á que tendían; con tal de perseguir esta última investigación sin detenernos ante la barrera imaginaria que separa el mundo antiguo del moderno. Porque esta mezcla de derecho romano refinado y de costumbres bárbaras primitivas que conocemos bajo el nombre engañador de feudalismo, dió el resultado de hacer revivir muchas partes del derecho primitivo que habían desaparecido ya del mundo romano; de tal suerte que la descomposición que parecía terminada recomienza, y aun puede decirse que continúa todavía.

En algunos sistemas de derecho, la organización primitiva de la familia ha dejado una larga y visible señal en la autoridad vitalicia ejercida por el padre ú otro ascendiente sobre la persona y la propiedad de sus descencientes, autoridad que podemos designar con su nombre romano de patria potestad. Ningún rasgo primitivo de las antiguas asociaciones de hombres nos es conocido por mayor número de testimonios y, sin embargo, ninguno parece haber desaparecido tan viva y rápidamente de las comunidades que han seguido el camino del progreso.

Gayo, que escribía bajo los Antoninos, habla de esta institución como si fuera especial de la sociedad romana. En realidad, si hubiera mirado más allá del Rhin y del Danubio, del lado de las tribus bárbaras que excitaban la

curiosidad de algunos de sus contemporáneos, hubiera hallado ejemplos del poder patriarcal en su forma más saliente; y en el extremo Oriente una rama de la familia de donde descendían los romanos guardaba su patria potestad en los detalles más técnicos. Pero, entre las razas comprendidas en el imperio romano, Gayo no podía hallar ninguna á excepción de los Galates, entre los que existía una institución parecida á la patria potestad de los romanos.

Hallo motivos para creer que la autoridad directa del padre de familia ha debido de tomar proporciones más humildes que al principio en la mayor parte de las sociedades progresivas. La obediencia pasiva que los hombres incultos tienen hacia su padre es, sin duda alguna, un hecho primitivo que sería absurdo explicar por las ventajas que de él obtienen. Pero si es natural que los hijos obedezcan á su padre, es igualmente natural que le consideren como más fuerte ó más sabio que ellos. Por eso, cuando las sociedades llegan á una situación en que se concede gran mérito al vigor del cuerpo ó de la inteligencia, nace una influencia que constantemente tiende á reducir el poder del padre al solo caso en que es realmente hábil ó fuerte.

A primera vista, cuando miramos la sociedad helénica primitiva, parece que una superioridad intelectual conservaba el poder paterno á las personas cuyas fuerzas físicas habían declinado; pero las relaciones de Ulises y de Laërte, en la Odisea, parecen demostrarnos que, cuando el hijo poseía á la vez un valor y una sagacidad extraordinarias, el padre, llegado á la decrepitud, dejaba de ser el jefe de la familia. En la madurez de la jurisprudencia griega, el derecho fué un poco más lejos que la práctica indicada en los poemas de Homero; y, aunque quedan restos de muchos rasgos de estrechas relaciones de familia, la autoridad directa del padre quedó limitada, como en los Códigos europeos, á la minoría de los hijos ó, en otros términos, al período en que se presume siempre su inferioridad física é intelectual.

Sin embargo, el derecho romano, siguiendo su tendencia á no innovar las antiguas costumbres sino en relación con las necesidades de la República, conservó la institución primitiva al mismo tiempo que aceptó las limitaciones indicadas.

En todas las relaciones sociales en que el Estado podía aprovechar la sabiduría ó la fuerza para los cargos públicos ó para la guerra, el hijo de familia, sometido á la patria potestad, quedaba tan libre como su padre; era una máxima de jurisprudencia romana que la patria potestad no se extendía al *jus publicum*. Así, el padre y el hijo votaban juntos en la ciudad y combatían lado á lado en el campo de batalla; y el hijo podía, en cualidad de general, dar órdenes á su padre, ó en cualidad de pretor conocer de sus contratos y de sus delitos. Pero, en todas las relaciones resultantes del derecho privado, el hijo vivía bajo un despotismo doméstico que, dados la severidad que tuvo hasta el fin y el número de siglos que ha durado, constituye uno de los más extraños problemas de la historia jurídica.

La patria potestad de los romanos, que es nuestro tipo de la autoridad del padre en los tiempos primitivos, es difícil de comprender como institución de una sociedad civilizada, bien se la considere en sus efectos sobre la persona ó en sus efectos sobre los bienes de los hijos. Sólo es de sentir que no se pueda llenar completamente el vacío de que se resiente su historia.

En cuanto á la persona, nuestras primeras informaciones nos prueban que el padre poseía sobre sus hijos el derecho de vida y de muerte, y con más razón la facultad de imponerlos castigos corporales; podía modificar á voluntad su condición personal; dar esposa al hijo, ceder en matrimonio á la nieta, pronunciar el divorcio de sus hijos, de un sexo y de otro, hacerles pasar á otra familia por la adopción; podía, en fin, venderlos.

En los últimos tiempos del periodo imperial, hallamos vestigios de todos estos poderes, pero han sido ya encerrados en límites más estrechos. El derecho ilimitado de castigar á los hijos se ha transformado en derecho de someter los delitos domésticos al conocimiento del juez civil; el privilegio de imponer el matrimonio ha degenerado en un veto condicional; la facultad de venderles ha sido virtualmente abolida, y la adopción misma, destinada á perder casi toda su antigua importancia en el derecho reformado por Justiniano, no tiene ya lugar sin el consentimiento del hijo llevado á una familia adoptiva. En resumen, llegamos muy

cerca de las ideas que han prevalecido al fin en el mundo moderno.

Pero, entre estas distintas épocas, existe un intervalo obscuro, y tenemos que limitarnos á conjeturas respecto de las causas que permitieron á la patria potestad durar tan largo tiempo, haciéndola más tolerable de lo que parece. El cumplimiento de los deberes del hijo hacia el Estado debió de atemperar la autoridad del padre de familia, cuando no la anulase.

Fácilmente se comprende que el despotismo del padre no podía caer sin escándalo sobre un hombre mayor, investido de alta magistratura. Durante los primeros tiempos de la historia, sin embargo, esta especie de emancipación de hecho debió de ser rara en comparación con lo que fué en la época de las guerras constantes de la República romana. El tribuno militar y el soldado, que pasaban tres cuartas partes del año en campaña, en el comienzo de la República; y más tarde, el procónsul encargado de gobernar una provincia y los legionarios que ocupaba á su servicio, no podían prácticamente considerarse como esclavos de un señor; los caminos para escapar á la patria potestad tendieron, pues, á aumentar constantemente.

Las victorias proporcionaban conquistas; las conquistas ocupaciones; el modo de ocupación por colonias fué abandonado por el sistema de ocupación por armadas permanentes. Cada paso hacia adelante llamaba á mayor número de ciudadanos romanos á expatriarse y hacía una nueva presa en la sangre de la raza latina. Puede conjeturarse, por lo tanto, que, en la época en que comenzó la paz del mundo con la constitución del imperio, se había ya extendido un poderoso sentimiento en favor de la relajación de la patria potestad.

Los primeros golpes dados á esta antigua institución se atribuyen á los primeros Césares, y algunos actos aislados de Trajano ó de Adriano, parece que prepararon después el terreno para una serie de leyes formales de que no podemos siempre precisar la fecha, pero que limitaron por una parte los poderes del padre, y por otra parte multiplicaron las facilidades de abandonarlos. La antigua manera de desembarazarse de la patria potestad vendiendo al hijo tres veces, prueba además, á mi entender, que existió desde muy antiguo un sentimiento contrario á la prolongación inútil de este poder. La regla que declaraba libre al hijo cuando hubiera sido vendido tres veces por su padre, debió de tender en su origen á castigar una práctica que repugnaba hasta á la moralidad imperfecta del romano primitivo. Además, antes de las XII Tablas, la habilidad de los jurisconsultos había transformado ya esta regla en un procedimiento para destruir la patria potestad, cada vez que el padre deseaba que cesase.

Muchas de las causas que contribuyeron á endulzar la dureza de la patria potestad sobre la persona de los hijos, no son las que aparecen en la superficie de la historia. No es fácil decir hasta qué punto la opinión pública puede haber paralizado un poder conferido por la ley, ni hasta qué punto la afección natural pudo hacerla tolerable; pero, aunque el poder del padre sobre la *persona* hubiera acabado por ser nominal, el conjunto de la jurisprudencia romana indica que los derechos del padre sobre los *bienes* de sus hijos eran siempre ejercidos sin escrúpulo en toda la amplitud de la ley.

No debe extrañarnos la extensión de estos derechos cuando se nos presentan por primera vez ante la vista. El antiguo derecho romano prohibía á los hijos no emancipados tener bienes distintos de su padre ó, mejor dicho, no suponía que los hijos pudieran tener una propiedad separada; el padre tenía el derecho de tomar la totalidad de los bienes adquiridos por el hijo, y de recibir el beneficio de sus contratos, sin soportar por compensación carga alguna. Realmente, considerando la constitución de la sociedad romana primitiva, no hay modo de comprender el grupo familiar de los primeros tiempos sin suponer que cada cual llevaba al grupo sus ganancias de todas clases, sin obligarle con ninguno de sus contratos individuales.

No está aquí, pues, el enigma de la patria potestad, sino en la lentitud conque los privilegios del padre sobre los bienes de los hijos fueron destruídos, y en la circunstancia de que, antes de que se les disminuyese seriamente, había Roma sometido al mundo entero.

Ninguna innovación fué intentada hasta los primeros días del imperio, época en que lo adquirido por los solda-

dos en servicio activo se sustrajo á la acción de la patria potestad; sin duda como parte de las recompensas concedidas á las armadas que habían derrocado las libertades de Roma. Tres siglos más tarde, la misma inmunidad fué ampliada á las ganancias de las personas empleadas al servicio del Estado en funciones civiles. Pero estos dos cambios tenían una aplicación claramente limitada, y su forma jurídica fué tal que cuidó de tocar lo menos posible al principio de la patria potestad. El derecho romano había reconocido siempre una cierta propiedad limitada y dependiente para las ganancias eventuales y las economías, que los esclavos y los hijos no emancipados no estaban obligados á ingresar en las cuentas de la casa; é, imitando á esto, el nombre especial de esta propiedad de tolerancia, *peculium*, fué aplicado también á las adquisiciones que quedaron libres en lo sucesivo de la patria potestad, llamándolas, cuando se trataba de soldados, *castrense peculium*, y cuando de funcionarios civiles, *quasi castrense peculium*. Más tarde, la patria potestad fué modificada sin respetar tanto la forma exterior del principio.

Poco tiempo después de la introducción del *quasi castrense peculium*, Constantino el Grande hizo desaparecer el poder absoluto del padre sobre los bienes que los hijos hubieren heredado de sus madres, y lo redujo á un usufructo. Algunos otros cambios de poca importancia vinieron en seguida en el imperio de Occidente; pero donde se llegó más lejos fué en el de Oriente, bajo Justiniano, que decretó que si las adquisiciones del hijo no provenían de los bienes del padre, éste no tenía sobre ellos más derecho que un usufructo vitalicio.

Este mismo decreto, que marca el punto máximo de relajación de la patria potestad romana, la deja, sin embargo, más extensa y más severa aún que ninguna de las instituciones análogas del mundo actual. Los primeros escritores modernos que se han ocupado de jurisprudencia, han observado que sólo los pueblos más feroces y salvajes de los que conquistaron el imperio, especialmente los pueblos de origen slavo, tenían una patria potestad semejante á la que se describe en las Pandectas y en el Código. Todos los demás inmigrantes germanos parece que reconocieron la

unión de la familia ó corporación bajo el *mund* ó autoridad del jefe patriarcal; pero su poder es evidentemente resto de una patria potestad en decadencia, menor que la de que gozaba el padre de familia romano. Los francos son citados más especialmente por no haber tenido la institución romana; así, los antiguos jurisconsultos franceses, hasta cuando estaban más ocupados en llenar los intersticios que existían en las costumbres bárbaras con reglas tomadas del derecho romano, tuvieron necesidad de protegerse contra la introducción de la patria potestad, con la máxima formal «Puissance de père en France n'a lieu».

La tenacidad de los romanos en mantener estos restos de su antigua condición es notable en sí misma, pero aún lo es más la difusión de la patria potestad en toda una civilización de donde había ya desaparecido. Mientras que el *castrense peculium* era todavía la sola excepción del poder del padre sobre los bienes, y mientras su poder sobre la persona de sus hijos era amplio todavía, el derecho de ciudadanía romano, y con él la patria potestad, se extendieron por todos los rincones del Imperio. Todo africano, español, galo, bretón ó judío que obtenía aquella honra, por favor, por precio ó por sucesión, vino á ser regido entonces por el derecho personal romano; y, aunque nuestros documentos dicen que los hijos nacidos antes de la adquisición del derecho de ciudadanía no podían ser sujetos á patria potestad sin su consentimiento, los hijos nacidos después de esta adquisición y todos sus descendientes es indudable que se hallaban en la condición ordinaria del hijo de familia romano.

No entra en mis cálculos estudiar el mecanismo de la sociedad romana de los últimos tiempos, pero me permito observar que la opinión de que fué una medida de poca importancia la constitución de Caracalla que confirió el derecho de ciudadanía romano á todos los sujetos del Imperio, tiene poco fundamento. De cualquier manera que la interpretemos, esa constitución debió de extender enormemente la esfera de la patria potestad, y me parece que la sujeción que introdujo en los lazos de familia debería ser tomada en cuenta más de lo que se ha tomado hasta el presente, para explicar la gran revolución moral que transformó el mundo.

Antes de dejar esta rama de nuestros estudios, notemos que el padre de familia era responsable de los daños causados por sus hijos no emancipados, como lo era de los causados por sus esclavos. Pero, en los dos casos, poseía en el origen la singular facultad de reparar completamente el daño causado libertando la persona del delincuente. La responsabilidad atribuída al hijo, y al mismo tiempo la incapacidad del padre y del hijo no emancipado para litigar uno contra otro, las explican algunos jurisconsultos por la suposición de la unidad de persona del padre y del hijo de familia. En el capítulo sobre las sucesiones trataré de demostrar en qué sentido y hasta qué punto esta unidad puede ser aceptada como cierta. Aquí me limitaré á decir que estas responsabilidades del padre de familia y otros fenómenos jurídicos, de que nos ocuparemos más tarde, parecen correlativos de ciertos deberes correspondientes á los derechos del patriarca.

Yo creo que, si disponía en absoluto de las personas y de los bienes de la familia, esta propiedad representativa estaba unida á la obligación de proveer por medio del fondo común á las necesidades de todos los miembros de la familia. La sola dificultad consiste en desprendernos de nuestras ideas ordinarias para comprender la naturaleza de estas obligaciones. No era una obligación *legal*, porque el derecho no había penetrado en el interior de la familia. No era *moral*, probablemente, porque esta es quizá idea que pertenece á un estado de desarrollo mental más avanzado. La frase «obligación *mental*» expresa bastante bien nuestro pensamiento, entendiendo con ella un deber observado casi sin advertirlo bajo el imperio del instinto y de la costumbre más bien que bajo la presión de leyes definidas.

La patria potestad, en su estado normal, no ha sido ni ha podido ser, á mi juicio, una institución general duradera. Considerada en sí misma, sólo imperfectamente nos asegura de su universalidad; y podemos asegurarnos más estudiando otras ramas del antiguo derecho que dependen de ella, aunque esta dependencia no sea visible en todas sus partes ni para todos los observadores. Consideremos, por ejemplo, el parentesco ó, en otros términos, la manera con que la antigua jurisprudencia calculaba el

grado de proximidad de los parientes: empleando todavía los términos romanos de parentesco por agnación y cognación.

El parentesco de cognación es simplemente el que comprenden los modernos: parentesco resultante de la descendencia común de una misma pareja de personas casadas, sea por línea de los hombres, sea por línea de la mujeres. El parentesco por agnación es algo distinto: excluye personas que consideraríamos hoy como parientes y comprende otras que no contaríamos jamás como miembros de la familia. En realidad, el parentesco por agnación es el de los miembros de la familia tal como era comprendida en los tiempos más antiguos: pero los límites de este parentesco están lejos de ser los mismos que los del parentesco moderno.

Son cognados todos los que descienden de una misma persona, hombre ó mujer; ó, tomando el sentido puramente técnico del derecho romano, todos los que descienden de un mismo matrimonio legítimo. La palabra cognación tiene, por lo tanto, un sentido relativo, y el grado de parentesco que indica depende del matrimonio que se toma como punto de partida de los cálculos. Si comenzamos por el matrimonio del padre y de la madre, la cognación se limitará á los hermanos y hermanas. Si se toma el matrimonio del abuelo y de la abuela, los tíos, las tías y sus descendientes serán comprendidos entre los cognados; y así se puede aumentar el número de éstos tomando por punto de partida un matrimonio más elevado en la línea de ascendientes.

Esto lo comprende muy bien cualquiera; pero ¿qué son los agnados? En primer lugar, los agnados todos son parientes entre sí por los varones exclusivamente. Por lo tanto, se forma un cuadro de los cognados, tomando á cada antepasado uno tras de otro y haciendo seguir á éstos todos sus descendientes de ambos sexos. En seguida, continuando las diversas ramas de esta tabla genealógica, nos detendremos á cada nombre de mujer sin seguir más lejos la rama á que pertenece. Todos los que quedan, después de excluídos los descendientes de las mujeres, son agnados, y el parentesco que les une es la agnación.

Insisto un poco sobre la manera práctica de separar los agnados de los cognados para hacer comprender la memorable máxima del derecho: *mulier est finis familiæ*, la mujer es el límite de la familia. El nombre de la mujer cierra la rama de la genealogía en que se encuentra; y ningún descendiente de ella es comprendido en la noción de parentesco de la familia primitiva.

Si el sistema de derecho primitivo que estudiamos admite la adopción, debemos también añadir, á los agnados reconocidos por este procedimiento, todas las personas, hombres ó mujeres, que han sido introducidas en la familia por extensión artificial de sus límites. Pero los descendientes de estas personas sólo serán agnados si llenan las condiciones que acabamos de indicar.

¿Cuál es el motivo para esta extensión y para esta restricción arbitrarias? ¿Cómo una idea de parentesco bastante amplia para abrazar extraños introducidos en la familia por adopción, es al mismo tiempo tan estrecha que excluye á los descendientes de las mujeres? Para resolver este problema es necesario remontarse á la patria potestad. La base de la agnación no es el matrimonio del padre y de la madre; es el poder del padre. Son, pues, parientes por agnación todos los que están bajo la misma patria potestad, ó que han estado ó que podrían estarlo si su antepasado hubiera vivido lo bastante para ejercer su poder.

De manera que, desde el punto de vista primitivo, el parentesco está limitado por la patria potestad. Donde ésta comienza, comienza el parentesco; y por esto los hijos adoptivos son parientes. Donde aquélla acaba, el parentesco acaba; y, por lo tanto, un hijo emancipado por su padre pierde sus derechos de agnación. Hé aquí por qué también los descendientes de las mujeres quedan excluídos del parentesco primitivo. Porque si una mujer moría sin casarse, no podía tener descendientes legítimos. Y, si se casaba, sus hijos estaban bajo la patria potestad de su marido, no de su padre, y se perdían, por lo tanto, para la familia de la madre.

Es evidente por otra parte que la organización de las sociedades primitivas se hubiera trastornado si se hubiese sido pariente de los parientes de la madre; porque una misma persona hubiera podido ser sometida á dos patrias potestades; y, como éstas suponian dos jurisdiciones distintas, la persona sometida á ellas habría vivido bajo dos regímenes diferentes. En tanto que la familia permaneció como un *imperium in imperio*, un Estado en otro Estado, gobernada por sus instituciones, de las que era origen el padre, la limitación del parentesco á los agnados fué necesaria garantía contra los conflictos del derecho en el foro doméstico.

La patria potestad propiamente dicha acababa por la muerte del padre, pero la agnación quedaba como un molde que conservaba su forma cuando dejaba de existir. De aquí viene el interés de la agnación para el que estudia la historia del derecho. No se encuentra claramente la patria potestad más que en un pequeño número de documentos antiguos, pero el parentesco por agnación, que supone la existencia previa de la patria potestad, se encuentra en todas partes.

Pocos cuerpos de derecho indígenas, pertenecientes á los pueblos de la raza indoeuropea, hay que no contengan, en sus partes más antiguas, disposiciones especiales relativas claramente á la agnación. En el derecho indio, que está lleno de ideas primitivas sobre la dependencia de la familia, el parentesco es puramente por agnación, tanto que he notado que, en las genealogías de los indios, se omite, por regla general, el nombre de las mujeres. Las mismas ideas sobre el parentesco se hallan también en todas las partes del derecho de los pueblos que dieron fin al imperio romano: pertenecen realmente á sus costumbres primitivas, y quizá hubieran durado mucho más tiempo en la jurisprudencia moderna, á no ser por la vasta influencia que el derecho romano de los últimos tiempos ha ejercido sobre el pensamiento de nuestra época.

Los pretores consideraron desde luego la cognación como la forma natural del parentesco y trabajaron por purificar su jurisprudencia de los antiguos principios; pero, á pesar de sus ideas, que nos han sido transmitidas, todavía se hallan señales de la agnación en muchas leyes modernas sobre sucesiones. La exclusión de las mujeres y sus descendientes de las funciones de gobierno, atribuída comunmente á los Francos Salios, depende con seguridad de la agna-

ción, puesto que era una ley de sucesión en la propiedad de los alodios entre los antiguos germanos. Del mismo modo hay que buscar en la agnación el extraño principio del derecho inglés, abrogado recientemente, que impedía á los medio hermanos heredarse los unos á los otros.

En la *costumbre* de Normandía, el principio se aplica solamente á los hermanos uterinos, es decir, á los hermanos de la misma madre, pero no del mismo padre; y, limitado así este principio, es una deducción exacta del sistema de la agnación, bajo el cual los hermanos uterinos no son parientes del todo. Cuando esta costumbre fué transportada á Inglaterra, los jueces ingleses, que no conocían el principio, le interpretaron como una prohibición de heredar los medio hermanos y le extendieron á los hermanos consanguíneos, es decir, á los hijos del mismo padre y no de la misma madre. En toda la literatura producida por la supuesta filosofía del derecho, nada hay más curioso, dada esta equivocación, que las páginas de sofístico sabio en que Blakstone trató de explicar y justificar la regla que impedía á los medio hermanos heredarse los unos á los otros.

Está demostrado, en mi entender, que todo el derecho relativo á las personas ha salido del seno de la patria potestad romana. De todos los capítulos de este derecho, el más importante es el que regula el estado de las mujeres. Acabamos de sentar que, en el derecho primitivo, la mujer, aunque no comunique la agnación á sus descendientes, se halla considerada como agnado. Por otra parte, el parentesco de la mujer con la familia en que ha nacido, es mucho más estrecho, más íntimo y más durable que el de los parientes varones. Muchas veces queda ya dicho que el derecho primitivo sólo tiene en cuenta las familias; ó sea, que sólo tiene en cuenta las personas que ejercen la patria potestad; lo cual depende de que, cuando se emancipaban el hijo ó el nieto á la muerte del padre ó del abuelo, era solamente en consideración á la capacidad de este hijo ó nieto para llegar á jefes de familia y á centros de una patria potestad nueva. Pero una mujer no poseía esta capacidad, ni tenía, por lo tanto, título alguno para la emancipación consiguiente.

Hay además en la jurisprudencia primitiva una invención particular para conservar á la mujer toda su vida bajo

la dependencia de los lazos de familia: la institución conocida en el antiguo derecho romano bajo el nombre de tutela perpetua de las mujeres. Con esta institución, la mujer emancipada del poder paterno por la muerte del padre, continuaba dependiendo toda su vida del pariente varón más próximo, ó del representante del padre que la servía de tutor. La tutela perpetua no es, por lo tanto, ni más ni menos que una prolongación artificial de la patria potestad cuando dejaba de producir sus otros efectos. En la India este sistema existe todavía completamente, hasta el punto de que una madre india llega á estar sometida á la tutela de los hijos. En Europa misma, las leyes de los pueblos scandinavos relativas á las mujeres han consagrado el principio hasta los últimos tiempos. La tutela de las mujeres era además una costumbre general entre los pueblos todos que invadieron el imperio de Occidente, y sus ideas sobre la tutela, bajo todas sus formas, son las más retrógadas de cuantas introdujeron en el mundo occidental.

Cuando el derecho romano llegó á su madurez, la tutela de las mujeres había desaparecido enteramente, y casi nada sabríamos de ella si consultáramos solo las compilaciones de Justiniano. Pero el descubrimiento del manuscrito de Gayo nos la muestra en un época muy interesante, precisamente cuando habia caido de todo punto en descrédito y tocaba á su fin. El gran jurisconsulto estudia los motivos populares invocados para justificar esta tutela (sacados de la inferioridad mental de la mujer); y una parte considerable de su libro está lleno de la descripción de los numerosos procedimientos, algunos de extraordinaria habilidad de invención, conque los jurisconsultos romanos tendían á poner á las mujeres en situación de destruir las antiguas reglas. Guiados por su teoría del derecho natural, los jurisconsultos en esta época tomaron indudablemente, como base de su Código de equidad, la igualdad de los dos sexos. Conviene notar solamente que lo que trataban de destruir era las reglas referentes á la disposición de los bienes, para la que todavía era exigido el consentimiento del tutor; pues, en cuanto al cuidado de la persona, parece que la tutela habia ya caido enteramente en desuso.

El antiguo derecho subordina la mujer á sus parientes

consanguíneos, mientras que la jurisprudencia moderna la subordina al marido. La historia de este cambio es notable y remonta á una época antigua en los anales de Roma. En las primitivas costumbres romanas había tres maneras de contraer matrimonio: una por ceremonia religiosa y otras dos por formalidades puramente civiles. Había el religioso, *confarreatio;* el civil en su forma superior, *coemptio,* y el civil en su forma inferior, *usus.*

El marido en todos ellos adquiría sobre la persona y los bienes de su mujer derechos más extensos que los que le dan todos los sistemas de jurisprudencia modernos. Pero, ¿en calidad de qué adquiría estos derechos? Como padre, no como marido. Por la confarreación, la coempción y el uso, la mujer pasaba *in manum viri;* es decir: se hacía jurídicamente la hija de su marido, entraba bajo el poder de su patria potestad, y soportaba todas las consecuencias de este poder aun después de su muerte. Los bienes de la mujer eran también adquiridos en absoluto por el marido y, muerto éste, la mujer quedaba bajo la tutela del hombre que él había designado en testamento.

Estas tres antiguas formas de matrimonio cayeron, sin embargo, en desuso poco á poco; tanto que, en la época más brillante de la grandeza romana, habían sido casi enteramente reemplazadas por una especie de unión, antigua á lo que parece, aunque no estimada conveniente hasta entonces, que se fundaba en una modificación de la forma inferior del matrimonio civil. Sin explicar el mecanismo técnico de esta institución, que llegó á hacerse usual, diré que jurídicamente era el depósito temporal de la mujer en casa del marido, hecho por la familia de la mujer. Los derechos de la familia quedaban así íntegros, y la mujer estaba bajo la tutela de los que sus padres nombraban por tutores, cuyo poder excedía en muchos puntos materiales á á la autoridad del marido. Según esto, la mujer romana, casada ó no casada, adquirió una gran independencia para su persona y sus bienes, puesto que, por una parte, la tendencia del derecho en los últimos tiempos era, como queda insinuado, reducir á la nada los poderes del tutor, y, por otra parte, la forma del matrimonio en moda no concedía al marido autoridad alguna seria.

El Cristianismo tendió desde el principio á limitar esta gran libertad. Dominados por un justificado disgusto hacia las prácticas relajadas de la decadencia del paganismo, y más tarde por una pasión de ascetismo violenta, los doctores de la fe nueva miraron con disfavor un lazo conyugal que era, sin duda, el menos estrecho que el mundo occidental ha conocido. Por eso, el derecho romano en su última forma, después de las constituciones de los emperadores cristianos, conserva señales de una reacción contra las doctrinas liberales de los grandes jurisconsultos de la época antonina.

El estado del sentimiento religioso dominante puede explicar cómo el derecho moderno, forjado por la conquista de los bárbaros y formado por la fusión del derecho romano con las costumbres patriarcales, ha encerrado en sus primeras reglas, respecto á la posición de las mujeres gran número de principios propios de una civilización imperfecta. Durante la época turbulenta con que principió la historia moderna, cuando las leyes de los germanos y slavos permanecían simplemente superpuestas al derecho romano de sus súbditos provinciales, las mujeres de las razas dominadoras se hallaron en todas partes bajo diversas formas de tutela primitiva, y el que tomaba mujer fuera de su familia propia pagaba una suma de dinero á la familia que le cedía la tutela de la mujer.

En una época más cercana, cuando el Código de la Edad media quedó formado por la amalgama de los dos sistemas, la parte de derecho que reguló el estado de las mujeres contiene señales de su doble origen. El principio del derecho romano triunfó hasta tal punto que, aparte de algunas excepciones locales, las mujeres no casadas quedaron generalmente libres de la tutela de la familia; pero el principio del derecho germano primitivo fijó la posición de las casadas, y el marido tomó, en calidad de marido, los poderes que en otros tiempos pertenecían á los parientes varones de su mujer, con la sola diferencia de que no compraba sus derechos. Así, en esta época, el derecho moderno de Europa meridional y occidental comenzó á distinguirse por uno de sus principales caracteres, á saber: la libertad relativa que concedió á las mujeres solteras y á las viudas,

al mismo tiempo que las incapacidades legales que impuso á las casadas.

Mucho tiempo ha pasado sin disminuir sensiblemente la subordinación impuesta á las mujeres por el matrimonio. El principal y el más poderoso disolvente del renacimiento bárbaro en Europa ha sido siempre la jurisprudencia codificada por Justiniano, donde quiera que ha sido estudiada con el apasionado entusiasmo que aún produce; y ella es quien ha minado dulcemente, al par que con mucha eficacia, las costumbres que pretendía solamente interpretar. Pero la parte del derecho relativa á las mujeres casadas ha sido leída en general, no á la luz del derecho romano, sino á la del canónico, que en nada se diferencia de la jurisprudencia tanto como en lo relativo á los lazos del matrimonio.

Esto era en parte inevitable, porque una sociedad que conserva una tintura de instituciones cristianas, no puede dar á las mujeres casadas la libertad personal que las concedía el derecho romano medio; pero sus incapacidades en cuanto á los bienes reposan sobre una base distinta que su incapacidad personal, y, con la tendencia á conservar y á consolidar las primeras, los canonistas han hecho un daño considerable á la civilización. Quedan muchos vestigios de una lucha entre los principios laicos y los eclesiásticos; pero el derecho canónico ha prevalecido en casi todas las partes.

En algunas provincias de Francia, las mujeres casadas de rango inferior á la nobleza gozaban del derecho de disponer de sus bienes, tanto cuanto lo permitía el derecho romano, y estas costumbres locales han sido adoptadas ampliamente por el Código Napoleón. Pero el estado del derecho escocés demuestra que la escrupulosa deferencia á las doctrinas romanas, no lleva siempre al endulzamiento de las incapacidades legales de la mujer casada. Siempre los sistemas menos indulgentes en este punto han sido los que siguieron al derecho canónico, ó los que, por entrar en contacto con la civilización europea, no se han desembarazado aún de los restos del derecho primitivo. Las leyes danesa y sueca, duras muchos siglos para todas las mujeres, son aún hoy menos favorables para las casadas que la mayor parte de los Códigos del continente.

El derecho común inglés, que ha tomado de la jurisprudencia de los canonistas la mayor parte de sus principios fundamentales, es aún más severo en las incapacidades legales que impone á la mujer casada. La parte del derecho común que regula la situación legal de la mujer casada puede dar á un inglés idea clara de la gran institución que constituye el principal objeto de este capítulo. No se podrían presentar más vivamente á la inteligencia la naturaleza y la acción de la antigua patria potestad que reflexionando sobre las prerrogativas concedidas al marido en el derecho común inglés, y recordando la consecuencia rigorosa con que el principio de la sumisión legal de la mujer es observado en todos los derechos, deberes y acciones, allí donde este derecho no ha sido cercenado ni por los jurisconsultos de equidad ni por los estatutos. La distancia que existe entre el más antiguo y el más moderno derecho romano respecto de los hijos no emancipados, es igual á la que existe entre el derecho común y la jurisprudencia del tribunal de Cancillería, por lo que hace á las reglas que uno y otro aplican á la mujer casada.

Si perdemos de vista el verdadero sentido de la tutela en las dos aplicaciones estudiadas y empleamos el lenguaje corriente sobre estas materias, notamos que la tutela de las mujeres, en el derecho primitivo, prolongaba de un modo extravagante la suspensión de los derechos, mientras que los principios sobre la tutela de los huérfanos varones pecan precisamente por el lado contrario. Todos estos sistemas de derecho dan fin á la tutela de los varones en una edad muy poco avanzada: bajo el antiguo derecho romano, que puede ser considerado como tipo, el hijo que quedaba libre de la patria potestad por la muerte de su padre ó de su abuelo, seguía en tutela hasta una época fijada generalmente en los quince años; pero, llegado á esta edad, entraba ya en pleno goce de libertad para su persona y sus bienes.

La menor edad parece, pues, haber sido irracionalmente corta, como la tutela de las mujeres irracionalmente larga. Pero, de hecho, no había exceso ni por una parte ni por otra, considerando las circunstancias que dieron la primera forma á ambas especies de tutela. Ni la una ni la otra se

fundaba en consideraciones de conveniencia pública ó privada: ni la tutela de los huérfanos varones tenía por fin protegerles hasta la edad de la razón, ni la de las mujeres protegerlas contra la debilidad del sexo. El hijo se hallaba libre de sujeción por muerte de su padre, porque tenía la capacidad legal de llegar á jefe de familia y fundar una nueva patria potestad: la mujer no tenía capacidad, y por consiguiente no era nunca emancipada. Tal es la razón.

Vemos, pues, que la tutela de los huérfanos varones era solamente el modo de conservar una semejanza de subordinación á la familia del padre hasta el momento en que se suponía que el hijo podía hacerse padre también. Era una prolongación de la patria potestad hasta el momento de la simple virilidad física; que acababa con la pubertad porque el rigor de la teoría así lo pide.

Sin embargo, como no tendía á guiar los pasos del pupilo hasta la edad de la madurez intelectual y de la capacidad para los negocios, la tutela era impotente para satisfacer las necesidades de orden general; cosa que ya notaron los romanos desde el primer periodo de su progreso. Uno de los más antiguos monumentos de la legislación romana es la ley *lætoria* ó *plætoria*, que colocaba, á todos los varones libres mayores de edad y en la plenitud de sus derechos, bajo la vigilancia temporal de una nueva especie de tutores, llamados curadores, cuyo consentimiento era necesario para la validez de sus actos ó contratos. El año vigésimoquinto del joven era el límite de esta vigilancia legal; y por eso las palabras mayor edad y menor edad en el derecho romano, se emplean siempre en consideración á los veinticinco años.

El estado que el derecho moderno atribuye á los pupilos ó menores responde exactamente á la simple protección contra la excesiva juventud física y moral del hombre, y acaba naturalmente en la edad de la razón. Pero, entre los romanos, existian dos instituciones diferentes en teoría, como lo eran en la intención que les servía de base: una para proteger al pupilo contra la debilidad física, y otra para protegerle contra la debilidad intelectual. Las ideas que inspiraron una y otra están combinadas en la moderna idea de tutela.

El derecho relativo á las personas no contiene más que otro capítulo útil para el objeto de este libro. Las reglas legales con que los sistemas de jurisprudencia plenamente desarrollados fijan las relaciones del señor y del esclavo, no tienen una señal determinante de la condición común á las sociedades antiguas.

Pero hay motivos para hacer una excepción. Hay en la esclavitud alguna cosa que en todas épocas ha chocado ó preocupado á los hombres, por poco hábito de reflexión que tuvieran, y por débil que fuera el grado de cultura de sus instintos morales. El disgusto que las antiguas sociedades sentían, quizá sin darse cuenta, se manifestaba por la adopción de algún principio imaginario para fundar en él la defensa de la esclavitud, ó para darse al menos cuenta de ella.

En una época muy antigua de su historia, los griegos pretendieron que la esclavitud estaba fundada en la inferioridad intelectual de ciertas razas, destinadas, por tanto, á la esclavitud por su naturaleza. Los romanos, con espíritu digno igualmente de atención, fundaron la esclavitud sobre un contrato supuesto entre vencedor y vencido, en que el primero exigía á su enemigo estar por siempre á su servicio, concediéndole en cambio la vida que tenía derecho de quitarle.

Estas teorías no sólo eran falsas, sino que no daban cuenta completa de la esclavitud. Pero ejercían una influencia poderosa: satisfacían la conciencia del señor, perpetuaban y agravaban quizá el envilecimiento del esclavo, y tendían naturalmente á hacer perder de vista las relaciones en que se hallaba la esclavitud primitiva con el resto del sistema doméstico; relaciones que, aunque no se manifiesten claramente, se hallan indicadas en muchas partes del derecho primitivo, y particularmente en el sistema tipo, el de la antigua Roma.

Mucha habilidad y erudición se han derrochado en los Estados Unidos sobre si, en los primeros tiempos de la sociedad, el esclavo era considerado como miembro de la familia. En cierto sentido puede contestarse con seguridad afirmativamente. Está probado, por el testimonio del antiguo derecho y de las primeras historias, que el esclavo po-

día, en ciertas condiciones, ser nombrado heredero ó sucesor universal del señor, y tal significativa facultad implicaba, como diremos en el capítulo de las sucesiones, que el gobierno y la representación de la familia podían en ciertas circunstancias ser deferidos al esclavo.

Sin embargo, los razonamientos americanos sobre esta materia tienden á demostrar que, si la esclavitud fué una institución de la familia primitiva, la servidumbre de los negros de nuestros días puede ser defendida moralmente. ¿Qué se quiere decir cuando se sostiene que el esclavo era al principio miembro de la familia? Todo, menos que su situación no se derivase de los más groseros motivos que pueden impulsar al hombre: del simple deseo de emplear las fuerzas físicas de otra persona como medio de procurarse un placer ó comodidad, que es sin disputa la causa de la esclavitud, tan vieja como el género humano. Cuando hablamos, pues, del esclavo como miembro de la familia, no pretendemos de ningún modo calificar los motivos de quienes los han tenido ó los han reducido á esclavitud; queremos decir solamente que el lazo que le unía al señor era considerado con el mismo carácter general que el que unía á todos los otros miembros del grupo con su jefe.

Esta consecuencia resulta de la proposición, que ya hemos sostenido, de que, en las ideas primitivas de los hombres, no se comprendía que los individuos tuviesen entre ellos otras relaciones que las que resultaban de la constitución de la familia. La familia se componía primeramente de los que la pertenecían por la sangre; después de los que habían entrado por adopción; y había además una tercera clase de personas sin más contacto que el de la sumisión á la autoridad común del jefe: los esclavos. Los sujetos nativos y adoptivos del jefe de familia estaban por encima del esclavo por la creencia de que, según el curso ordinario de los sucesos, podían salir de la esclavitud y ejercer ellos mismos un poder; pero esta inferioridad del esclavo no era tal que le arrojase fuera de la familia ni que le asimilase á una cosa mueble ó inmueble; lo cual se prueba, á mi juicio, por los numerosos testimonios de la capacidad de heredar que tenía en otro tiempo, á falta de herederos de la familia.

Sería, sin duda, imprudente hacer conjeturas sobre si la suerte del esclavo podía ser dulcificada en los principios de la sociedad por el lugar que le era reservado en el imperio del padre de familia. Más probable es que el hijo fuera asimilado al esclavo que no que el esclavo participara del cariño que se ha tributado al hijo en los tiempos posteriores. Lo que sí se puede afirmar confiadamente es que, cuando la servidumbre existe bajo el imperio de leyes adelantadas, la suerte del esclavo es menos dura bajo los sistemas que conservan algún recuerdo de su antigua condición que bajo los sistemas que han adoptado alguna otra teoría de su degradación civil.

El punto de vista bajo el cual la jurisprudencia considera al esclavo, es siempre muy importante para él. La tendencia que llevaba el derecho romano á considerarle poco á poco como un artículo de propiedad, fué contenida por la teoría del derecho natural; y de esto proviene que, donde la servidumbre existe al lado de instituciones influídas por el derecho romano, la situación del esclavo no es nunca intolerable. Por la misma razón, está probado que, en los antiguos Estados americanos que tomaron por base de su jurisprudencia el Código romanizado de la Luisiana, la suerte de la población negra, hasta que dicho Código fué derogado por leyes más recientes, publicadas bajo la afluencia del pánico, fué mejor en muchos aspectos que bajo las instituciones fundadas en el derecho consuetudinario inglés, cuya interpretación reciente no da cabida al esclavo, ni puede, por consiguiente, considerarle con derecho alguno.

Queda examinado hasta ahora todo el antiguo derecho de las personas relativo al asunto de este libro, y el resultado de la investigación permite ya definir y precisar nuestras ideas sobre la infancia del derecho.

Las leyes civiles de los Estados son primeramente los themistas de un patriarca-rey; los cuales themistas no son probablemente más que una forma desarrollada de las órdenes absolutas que, en un período anterior, daba el jefe de cada familia á sus mujeres, á sus hijos y á sus esclavos. Por otra parte, aun después de la organización del Estado, aquellas leyes siempre tienen una aplicación muy limitada:

sea que conserven su carácter primitivo de themistas, sea que lleguen al estado de costumbres ó de Códigos, obligan, no á los individuos, sino á las familias. El antiguo derecho, si se puede emplear una comparación acaso errónea, puede ser asimilado al derecho internacional en cuanto se limita á llenar los intersticios existentes entre los grandes grupos que eran entonces las unidades sociales.

En dicha comunidad, la legislación de las asambleas y la jurisdicción de los tribunales no afectan más que al jefe de familia; para los demás individuos, la regla de conducta es el derecho de la casa á que pertenecen, en la que el padre es el legislador. Pero la esfera del derecho civil, pequeña al principio, tiende constantemente á agrandarse. Los agentes de los cambios del derecho, ficción, equidad y legislación, vienen uno detrás de otro á caer sobre las instituciones primitivas; y, á cada progreso, un mayor número de derechos personales y de propiedades importantes pasan de la jurisdicción del padre de familia á la de los tribunales públicos. Las ordenanzas del gobierno adquieren lentamente en los asuntos privados la misma fuerza que en los del Estado, y no pueden ser dominadas ya por las órdenes despóticas del hogar.

En los anales del derecho romano tenemos una historia casi completa del hundimiento del sistema primitivo y de la formación de nuevas instituciones con nuevos materiales; instituciónes de las que algunas han llegado sin alteración al mundo moderno, mientras que las otras, destruidas ó corrompidas por el contacto de la barbarie en los siglos de ignorancia, han sido reconquistadas por la humanidad. Cuando dejamos esta jurisprudencia, en la época de su última construcción por Justiniano, hallamos ya muy pocas señales del derecho antiguo, fuera del poder extenso que aún se conserva para el padre vivo. En todas las demás partes, principios de conveniencia ó de simetría ó de simplificación, principios nuevos en todo caso, han sustituído á las pobres consideraciones que bastaban á la conciencia de los antiguos pueblos. Una moralidad nueva ha destruído por doquiera las reglas de conducta y los motivos de asentimiento que respondían á las antiguas costumbres y dependían de ellas.

El movimiento de las sociedades progresivas ha sido uniforme en un sentido: el de la disolucicn gradual de la dependencia de la familia, reemplazada poco á poco por obligaciones individuales. El individuo se ha ido constantemente sustituyendo á la familia como la unidad social del derecho civil. El progreso ha sido más ó menos rápido, no igual; y sociedades existen todavía donde, aun sin ser enteramente estacionarias, no se nota la decadencia de la antigua organización sino por laboriosos estudios. Pero, cualquiera que haya sido la rapidez de la marcha del progreso, no ha sufrido nunca reacción ni retraso; y cualquier retardo aparente ha sido sólo producto de la absorción de ideas y costumbres antiguas procedentes de origen extranjero.

Nos es fácil ver cuál es el lazo que reemplaza poco á poco á las formas de reciprocidad de derechos y deberes nacidos de la familia: el contrato. Partiendo, como de una estación de la línea de la historia, de un estado social en que todas las relaciones de las personas se resumen en relaciones de familias, vemos que se marcha constantemente hacia un orden social en que todas estas relaciones nacen de la voluntad libre de los individuos. En la Europa occidental, el progreso hecho en este sentido ha sido considerable. El estado del esclavo ha desaparecido para ser reemplazado por la relación contractual de amo y criado. El estado de la mujer en tutela, si se comprende por tutela otra que la del marido, ha dejado igualmente de existir: desde su mayor edad á su matrimonio, todas las relaciones de la mujer son contractuales. El estado de hijo sometido á patria potestad perpetua, no tiene tampoco existencia en el derecho de las sociedades europeas actuales. Si una obligación civil puede ligar al padre y al hijo emancipado, es una obligación que sólo tiene fuerza por el contrato.

Las excepciones aparentes de esta regla la confirman. El hijo menor, el huérfano en tutela, el enagenado, tienen una condición reglamentada por el derecho de las personas; pero ¿por qué? Se invocan motivos diferentes en el lenguaje usual, pero siempre se llega al mismo punto: la gran mayoría de los jurisconsultos sostiene que, si dichas personas están sometidas á una inspección externa, es sim-

plemente porque no son capaces de juzgar de sus propios intereses; ó, en otros términos, porque carecen de la primera condición requerida para poder obligarse por contrato.

La palabra *estado* puede ser empleada útilmente en una fórmula destinada á expresar la ley del progreso que acabamos de indicar, y que, sea cualquiera su valor, me parece suficientemente demostrada. Todas las formas de estado mencionadas en el derecho de las personas se derivan de los poderes y privilegios que poseía la familia en otro tiempo, y que aún son á veces invocados. Por lo tanto, si empleamos la palabra estado, como los mejores escritores, en el sentido de estas condiciones personales solamente, y no le aplicamos á las que resultan próxima ó remotamente de un contrato, podemos decir que el movimiento de las sociedades progresivas hasta el presente ha consistido en pasar *del estado al contrato.*

FIN DE LA PARTE GENERAL

SUMARIO (1)

CAPÍTULO PRIMERO

...igen del derecho.—Dos teorías distintas inaceptables.—Necesidad ...e estudiar los fenómenos primitivos del derecho.—Los poemas homéricos.—Utilidad de empezar por ellos el estudio de las formas en que el derecho se ha manifestado históricamente.

...s themistas.—Origen histórico.—Demostración de que los themistas son sentencias y no leyes, y refutación del concepto de Bentham acerca del derecho preceptivo.

La costumbre.—Justificación histórica de la desaparición de los themistas y del nacimiento de la costumbre.

...erecho escrito.—Sus diferencias del consuetudinario por el ejemplo de la jurisprudencia inglesa.—Los *Códigos*.—Origen histórico.—Su universalidad y cuestiones sobre su antigüedad en cada pueblo.—Ventajas de los Códigos para las sociedades bárbaras.

CAPÍTULO II

...odificaciones reflexivas del derecho después de los Códigos.—Diferente aspecto de las sociedades progresivas y de las estacionarias.—Necesidad del estudio de la historia del derecho romano.—Orden de las reformas.

...s ficciones legales.—Errores en su estudio.—Sus diferencias de la *equidad* y de la *legislación*.—Estudio de las ficciones en la jurisprudencia inglesa.—Idem en las respuestas de los jurisconsultos romanos: origen y carácter de las mismas.—Comparación entre ambos sistemas de ficciones.—Desaparición de las mismas en Roma.

...egislación.—Ojeada á la romana.

CAPÍTULO III

...quidad.—Su existencia en Inglaterra y en Roma.—Aparición de la equidad bajo la forma del *jus gentium*: origen y carácter de éste y su ...on...deración en las distintas épocas.—Aparición de la equidad en ...*naturale*: tránsito de esta teoría de Grecia á Roma.—Etimolo...iega y latina de la equidad

...uidad en los pretores.—Origen de esta jurisdicción.—El ...o.—Diferencias y semejanzas del pretor y del canciller inglés.

...uidad de los jurisconsultos.—Trabajos de éstos.—Su des...ición, y desaparición de la equidad.

...janzas de la equidad de Roma y de Inglaterra.—En cuanto á ...esaparición.—En cuanto al error con que se la juzga.

---

(1) Para mayor facilidad del estudio, creemos oportuno añadir este ...io. (*N. de la D.*)

CAPÍTULO IV

...d del derecho natural.—Su gran importancia histórica.

...orque **...cia de la teoría** del derecho natural, evitando á Roma los ...onvenientes de la precocidad y el peligro del estacionamiento.

Influencia sobre los legistas franceses, á través de la historia de éstos, hasta las teorías de Rousseau y Montesquieu.

Influencia en la política.—La igualdad de los ciudadanos.

Influencia sobre el derecho internacional.—Postulados romanos de éste.—Origen romano de la soberanía territorial: historia é influencia de esta idea en el desarrollo del derecho de las naciones.

CAPÍTULO V

Errores de la teoría del derecho natural.—Ejemplos.—Locke.—Hobbes—Excepción en favor de Montesquieu y Bentham.

Necesidad del derecho histórico del estudio primitivo.—Textos para su conocimiento.—Facilidad del estudio de los mismos.

Organización patriarcal de la sociedad primitiva.—Sus caractéres según el Génesis.—Naturaleza de la agrupación patriarcal.—Efectos.—Carácter perpetuo que presentan.—Criterio penalen ellas.

Formación de la sociedad patriarcal.—Principio de la descendencia común.—Desarrollo de la adopción sin daño del principio fundamental.—Nuevos principios.

Concepto de la familia primitiva.—Su influencia en el derecho.—Su personalidad jurídica.—Facilidad para su estudio en Roma.

La patria potestad.—Su universalidad.—Sus limitaciones en Grecia y en Roma.—*Efectos de la patria potestad sobre la persona de los hijos.*—Tendencia que muestran, en pro de la debilitación de la patria potestad, las magistraturas, las guerras y el mismo derecho romano.—*Efectos de la patria potestad sobre los bienes de los hijos.*—Su permanencia prolongada.—Su carácter.—Maneras de debilitarse gradualmente, y dureza que quedó aún después de las reformas.—*Difusión de la patria potestad* por la extensión del derecho de ciudadanía romano.

Sentido patriarcal constante de la patria potestad romana.—Responsabilidad de los hijos, y su relación con los deberes del padre.

Universalidad de la patria potestad.—Su demostración por el hecho de la agnación y por la universalidad de ésta.—Diferencias entre la cognación y la agnación.—Motivos de ésta y sus caractéres.

Tutela de las mujeres.—Dentro de la familia.—Sus causas.—Su extensión.—Su extinción.—*Tutela de las mujeres casadas.*—Formas primitivas del matrimonio en Roma.—Forma posterior.—Modificaciones introducidas en el matrimonio por el catolicismo y por los bárbaro... Diversas fases históricas de unas y otras tendencias.

Tutela de los huérfanos.—Su origen.—Su carácter.—Sentido e... cial de la curatela.

La esclavitud.—Tendencia á justificarla en todos los pueblos.—Có... y en qué sentido el esclavo pertenecía á la familia antigua.—R... ción entre la esclavitud y el régimen jurídico de cada pueblo.

Resumen de este capítulo.